Das Verbot horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen und die Rechtsbeziehungen zu Dritten

— Eine rechtsvergleichende Untersuchung —

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

1962

vorgelegt von

K. PETER MAILÄNDER (M.C.J.)

aus Stuttgart

1962

7364

Das Verbot horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen und die Rechtsbeziehungen zu Dritten

— Eine rechtsvergleichende Untersuchung —

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

K. PETER MAILÄNDER (M.C.J.)

aus Stuttgart

1963

Dekan: Prof. Dr. Joachim GERNHUBER
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Ernst STEINDORFF
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Ludwig RAISER

Tag der mündlichen Prüfung: 22. November 1962

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

VORWORT

Zu dem Thema der vorliegenden Arbeit wurde ich durch meinen verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Ernst Steindorff, angeregt. Für viele wertvolle Hinweise und Ratschläge, mit denen er Fortgang und Abschluß der Untersuchung gefördert hat, bin ich ihm zu aufrichtigem Dank verpflichtet.

Die für den rechtsvergleichenden Teil erforderlichen Erfahrungen konnte ich während eines Studienaufenthaltes in den U.S.A. sammeln. Für diese Gelegenheit habe ich insbesondere Herrn Prof. Dr. Heinrich Kronstein zu danken, der diese Reise in großzügiger Weise gefördert hat. Gleichermaßen schulde ich Herrn Prof. Joseph M. Sweeney Dank, dessen entgegenkommende Unterstützung mir bei meiner Arbeit an seinem Institute for Comparative Law an der New York University sehr geholfen hat.

Tübingen, April 1963

K. Peter Mailänder

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549607_0074

1. Kapitel: Einleitung und Grundlagen der Untersuchung

2. Kapitel: Der Individualschutz im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika

3. Kapitel: Übersicht über die deutsche Rechtsprechung

4. Kapitel: Zivilrechtsfolgen als mögliche und geeignete Sanktionsmittel einer Wettbewerbspolitik

5. Kapitel: Außenwirkungen des Kartellvertrages im Bereich des Vertragsrechts

6. Kapitel: Kartellverhalten als Deliktstatbestand

GLIEDERUNG

Seite

1. Kapitel: Einleitung und Grundlagen der Untersuchung

§ 1 Der Tatbestand und seine Abgrenzung 1
I. Die Zemententscheidung des BGH als typischer Tatbestand 1
1. Der Sachverhalt 1
2. Die zivilrechtlichen Fragen des Strafverfahrens 2
II. Formen horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen mit Drittwirkung 3
1. Die Tatbestände des horizontalen Abspracheverbots 3
2. Die Preisabsprache als Musterfall der Untersuchung 7
3. Die Drittwirkung von Wettbewerbsabsprachen 8
III. Der Schutz von Privatinteressen im Kartellrecht 9
1. Der Staat als Hüter privater Belange 10
a) Die Kartellbehörde als Genehmigungsinstanz 10
b) Die Kartellbehörde als Aufsichtsinstanz 10
c) Die Kartellämter als Strafverfolgungsbehörden 11
2. Der Selbstschutz der Marktteilnehmer 11
a) Beteiligung an den Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung 12
b) Die Inanspruchnahme privater Rechtsbehelfe 12
3. Die spezifischen Rechtsbehelfe des kartellbeeinträchtigten Kunden 13
IV. Berechtigung, Nutzen und Schranken privater Rechtsverfolgung durch Kartellkunden 13
1. Das Einzelinteresse als treibende Kraft des Wettbewerbs 14
2. Das Selbsthilferecht des einzelnen in der freiheitlichen Ordnung 14

Seite

3. Private Rechtsverfolgung im Dienst des öffentlichen Interesses 15
4. Die Anforderungen der Rechts- und Verkehrssicherheit 16
5. Die Grenzen praktischer Verwirklichung 16

§ 2 Deutsches und amerikanisches Kartellrecht als Grundlagen der Untersuchung 17
I. Deutsches Kartellverwaltungsrecht bis 1945 17
II. Deutsches Kartellrecht nach dem II. Weltkrieg - Einfluß und Bedeutung des amerikanischen Antitrustrechts 20

2. Kapitel: Der Individualschutz im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika

§ 1 Der Schutz gegenüber wettbewerbsbeschränkenden Absprachen 22
I. Die Formen verbotener Absprachen 22
II. Organe und Mittel der Antitrustverfolgung 24
1. Antitrustpolitik durch staatliche Behörden 24
2. Antitrustverfolgung durch private Kläger 28

§ 2 Überblick über die Entwicklung und Bedeutung des privaten Rechtsschutzes 29

§ 3 Undurchsetzbare Einzelverträge 32
I. Allgemeines 32
1. Beurteilung des Vertragseinwandes beim Erlaß des Sherman Act 32
2. Aufgliederung in drei verschiedene Fallgruppen 35
II. Einwände gegen Einzelvertragsansprüche 36
1. Connolly v. Union Sewer Pipe Co.: die "collateral" Doktrin 36
2. Continental Wall Paper Co. v. Louis Voight & Sons Comp.: Partnerschaft begründet "inherent illegality" 40

3. Wilder Manufacturing Co. v. Corn Products Refinig Co.: Ausschließlichkeit der gesetzlichen Rechtsmittel 43
4. Small v. Lamborn & Co.: Parteibeziehungen entscheiden über Vertragsgültigkeit 46
5. Sola Electric V. Jefferson Co.: Beginn einer Trennung horizontaler und vertikaler Beschränkungen 47
6. Auswirkungen der consideration Doktrin 49
7. Kelly v. Konsuga: Unabhängigkeit horizontaler und vertikaler Beschränkungen 51

III. Nichtigkeit und Bereicherungsausgleich 53
IV. Vertragsanspruch und Widerklage 56
V. Zusammenfassung 57

§ 4 Der Anspruch auf Schadenersatz 62
I. Entwicklung und Bedeutung 62
1. Verlauf der Entwicklung 62
2. Eigenständigkeit des Anspruchs 64
3. Besondere Vergünstigungen 66
II. Die Rechtsnatur des Anspruchs 68
1. Straf- oder Ausgleichsfunktion ? 68
2. Schutz des Einzelnen oder der Allgemeinheit 69
III. Die Voraussetzungen des Klageanspruchs 73
1. Der geschützte Personenkreis 74
2. Die haftungsbegründende Handlung 75
3. Der Ursachenzusammenhang 76
4. Der Schaden 77
IV. Der Schadensnachweis durch Kostenerhöhung 78
1. Chattanooga Foundry & Pipe Works v. City of Atlanta: abstrakte Schadensberechnung des Käufers 78
2. Schadensfälle im Frachtgewerbe 80
3. La Chapelle v. United Shoe Machinery Corp.: Schadensberechnung des Verkäufers 82
4. Kostenabwälzung - rule of passing on 82
a) Die "Ölhändler-Fälle" 83
b) Übernahme in andere Wirtschaftsbereiche 84

Seite

c) Passing on als Brücke zwischen general und special damages 87
d) Kostenabwälzung in Diskriminierungsfällen 89
e) Kostenabwälzung bei Verstoß gegen den I. C. A. 93
5. Die Bestimmung unbekannter Wettbewerbspreise 95
V. Schadensnachweis durch Absatzverluste 99
1. Verlust einzelner Kunden oder Abschlüsse 99
2. Entgangener Gewinn als Schaden 100
a) Bestimmtheitsanforderungen im Beweisrecht 100
b) Präzisierung der Gewinnerwartung 101
c) Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.: Ansatz zur Beweismilderung 102
d) Story Parchment v. Paterson Parchment Paper Co.: Klägerbegünstigende Beweisregel 105
e) Bigelow v. RKO Pictures Inc.: Schadensberechnung im Vergleichsverfahren 107
f) William Goldman Theatres, Inc. v. Loew's, Inc.: Schadensbemessung am Durchschnittsertrag der Konkurrenz 110
g) Beweisanforderungen außerhalb der Filmwirtschaft 112
h) Emich v. General Motors Corp.: Erfordernis bestmöglichen Beweises 113
3. Schaden im verminderten Geschäftswert 115
4. Schadensberechnung mit theoretischen Hilfsmitteln 116
5. Schadensbemessung am Gewinnvorteil des Beklagten 117
6. Zusammenfassung 118
VI. Einwendung des Beklagten 119
1. Pflicht zur Schadensminderung 119

Seite

2. Mitverschulden und Rechtsmißbrauch: 120
VII. Folgeerscheinungen der Beweiserleichterung 121
1. Der Ausweg zum Consent Decree 122
2. Mutwillige Klageerhebungen 124
3. Berechtigung der Verdreifachung des Schadens 124
4. Veränderungen im Steuerrecht 125
VIII. Abschließende Beurteilung 126

§ 5 Der Unterlassungsanspruch 130

3. Kapitel: Übersicht über die deutsche Rechtsprechung

§ 1 Fehlschlag des § 10 KVO 132

§ 2 Die Rechtsprechung zur Drittwirkung auf den Kundenvertrag 134
1. Das Zementurteil 134
2. Der deutsche Continental-Fall 136
3. Fall Werbeunternehmen 137
4. Allgemeine Geschäftsbedingungen 138
5. Filmverleih-Bedingungen 140
6. Abgrenzung zur Preisrechtsprechung 140
7. Waldbaur-Fall 142
8. Zivilrechtliche Auswirkungen bei unzulässiger vertikaler Beschränkung und Diskriminierung 142
9. Zusammenfassung 144

§ 3 Der Schadenersatzanspruch des Kunden in der Rechtsprechung 144
1. Wohnraumleuchten-Fall 145
2. Die Warenkredit-Entscheidungen 145
3. Boykott- und Diskriminierungsverbote als Schutzvorschriften 146
4. Schadenersatzansprüche bei vertikaler Beschränkung 147
5. Die Fortentwicklung der Rechtsprechung seit der Geltung des GWB 148

4. Kapitel: Zivilrechtsfolgen als mögliche und geeignete Sanktionsmittel einer Wettbewerbspolitik

§ 1 Die Auswertung der amerikanischen Erfahrungen 151

Seite

I. Außerrechtliche Erwägungen in den Vereinigten Staaten 152
1. Einfluß und Bedeutung des Privatklägers 152
a) Aufklärungsaufgaben 153
b) Vollstreckungsaufgaben 153
2. Der Nichtigkeitseinwand als Mittel privaten Rechtsschutzes 153
a) Marktausschluß, Rechts- und Verkehrssicherheit 154
b) Einzelfallgerechtigkeit 154
3. Die Ersatzklage als Mittel privaten Rechtsschutzes 155
II. Die Übertragung amerikanischer Erfahrungen auf deutsche Verhältnisse 156
1. Die zum Vergleich berechtigenden Übereinstimmungen 156
2. Berücksichtigung bestehender Unterschiede 156
3. Ergebnis ausschließlich rechtspolitischer Betrachtung 158
a) Überwiegende Gründe gegen den Nichtigkeitseinwand 158
b) Bedenken gegen die Annahme einer Teilnichtigkeit 160
c) Befürwortung der Schadenersatzklage 161

§ 2 Zivilrechtsfolgen in der Zweckordnung des GWB. 164
I. Bedeutung der Fragestellung zum Schutzzweck 164
II. Begründung eines Individualschutzes gegen unerlaubtes Kartellverhalten 166
1. Der Interpretationsspielraum im GWB 166
2. Maßstäbe zur Bestimmung des Schutzzwecks 166
3. Übernahme rechtspolitischer Folgerungen 169

Seite

5. Kapitel: Außenwirkungen des Kartellvertrags im Bereich des Vertragsrechts

§ 1 Übersicht möglicher Auswirkungen 171
I. Gebot und Verbot als Ordnungselement des Privatrechts 171
II. Die Bemühungen zur Verbindung von Kartellvertrag und Einzelvertrag 172
1. durch Ballerstedt 173
2. durch Flume 173
3. durch Fikentscher 174
4. durch Strickrodt 174
III. Einteilung möglicher Anknüpfungspunkte 174

§ 2 Der Einzelvertrag unter dem Einfluß des Kartellvertrages 177
I. Kartell- und Einzelvertrag als Einheit 177
II. Reflexwirkungen des Kartellvertrages 179
1. Die Kartellvereinbarung als Normenvertrag 179
2. Kartellvertrag und Privatautonomie 181
a) Funktionsvoraussetzungen der Vertragsfreiheit 182
b) Zuständigkeitsschranken der Privatautonomie 184
III. Einzelvertrag und Verbotsbestimmungen 187
1. Verbote mit unmittelbarer Rechtsfolge 187
2. Verbote im Rahmen der Umschaltnorm des § 314 BGB 188
a) § 1 GWB als Verbotsnorm 188
b) § 38 Abs. I S. 1 als Verbotsnorm 189
(1) Der Begriff des Hinwegsetzens 189
(2) Ordnungsvorschrift als Verbot 191
aa) Die Systematik des § 134 BGB 191
bb) Straftat - Ordnungswidrigkeit 194
c) Grundrechte als Verbotsnormen 194
3. Die Folgen einseitiger Ordnungswidrigkeit für den Einzelvertrag 194
IV. Der Maßstab der Sittenwirdrigkeit 197
V. Verhältnis dieser Lösung zur bisherigen Rechtsprechung 198

Seite

§ 3 Weitere Möglichkeiten zur Beseitigung der Vertragsbindung 200
I. Die Anfechtung 200
II. Die Auflösung der Vertragsbindung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage 202

6. Kapitel: Kartellverhalten als Deliktstatbestand

§ 1 Anspruchsgrundlagen für kartellgeschädigte Dritte 203
I. Normenschutz zugunsten Dritter 206
1. Die Suche nach dem Schutzgesetz 207
a) Voraussetzungen 207
b) Schutzgesetze im Dekartellisierungsrecht 208
c) Meinungsstreit seit Inkrafttreten des GWB 209
(1) Sachliche Schutznorm 209
(2) Geschützter Personenkreis 210
(3) Die Auslegung von § 823 Abs. II BGB und § 35 GWB 214
d) Die schützende Einzelnorm 215
(1) Kartellvereinbarung oder -ausführung als alternative Haftungsgründe 215
(2) Mißbilligter Erfolg - verbotene Handlung 219
(3) § 38 Abs. I S. 1 als Verbots- und Schutzvorschrift 222
(4) Überprüfung an Rechtsprechung und Literatur 223
2. Tatbestandliche Voraussetzung des Schadenersatzanspruchs 224
a) Hinwegsetzen 224
b) Rechtswidrigkeit - Verschulden 225
c) Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen 226
d) Unzulässige Rechtsausübung im Wettbewerbsrecht 227
II. Kartellverhalten als Verletzung subjektiver Rechte 227

Seite

1. Betätigungsfreiheit im Wettbewerb als subjektives Recht 227
2. Das Recht am Unternehmen 229

III. Kartellverhalten als Verletzung vertraglicher oder vertragsähnlicher Pflichten 229

§ 2 Abgrenzung, Bemessung und Beweis des Schadens 230
I. Naturalherstellung als Ersatzform 231
II. Art und Ausmaß ersetzbaren Schadens 233
1. Schutzwürdige Interessen der Letztverbraucher 234
2. Rechtsschutzinteressen der Zwischenhändler 235
3. Der Schutz anderer Zwischenstufen 236
4. Schadensentstehung und Vorteilsausgleichung 237
III. Möglichkeiten zum Schadensnachweis 239
IV. Möglichkeiten zur Bestimmung des Schadensumfangs 240
1. Abstrakte Differenzberechnung zwischen Kartell- und Wettbewerbspreis 240
2. Formen konkreter Schadensbestimmung 243
a) Letztverbraucher 243
b) Zwischenhändler 245
(1) Einzelverluste 246
(2) Gesamtgewinnverlust 246
aa) Umsatzvergleiche 247
bb) Vergleich mit Konkurrenzunternehmen 247
(3) Geschäftswertminderung 248
c) Zwischenproduzenten 248
3. Mögliche Beweishilfen 248
a) Freie Schadensschätzung gem. § 287 ZPO 248
b) Auskunftsrechte des Klägers 250
V. Ersatzanspruch und Mitverschulden 251

§ 3 Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch 253

Zusammenfassung 254

LITERATURVERZEICHNIS

) zum deutschen Recht:

allerstedt	Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, 267 ff
derselbe	Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze, in Festschrift für Schmidt-Rimpler, 1957
aumbach-Hefermehl	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Auflage 1960
aur	Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts, Tbg. Diss. 1935
derselbe	Einige Bemerkungen zum gerichtlichen Verfahren in Kartellsachen, ZZP 72,3 (1959)
derselbe	Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, JZ 1963, 41 ff.
derselbe	Der polizeiliche Schutz privater Rechte, JZ 1962, 76
enisch	Die unverbindliche Abstimmung unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Betrieb 1957, 789
derselbe	Kartellverbot und konformes Marktverhalten, Betrieb 1959, 451
derselbe	Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 483
derselbe	Zur Rechtslage der vertikalen Preisempfehlung, WuW 1959, 3
derselbe	Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, 764
ledenkopf	Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbotes, BB 1956, 473 und 974
derselbe	Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, in Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, 1957 (zitiert: Freiheitliche Ordnung)
derselbe	Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftverfassung, Die Ausschließlichkeitsklausel als Bei-

	spiel, 1958 (zitiert: Wettbewerbsbeschränkung)
Biedenkopf	Besprechung zu Lukes, Der Kartellvertrag BB 1959, 1108
Biedenkopf-Steindorff	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1957
Böhm	Das Reichsgericht und die Kartelle, Ordo I, 197 (1948
derselbe	Die Idee des Ordo im Denken Walter Euckens, Ordo III, XV
derselbe	Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, Ordo X, 167
derselbe	Wettbewerb und Monopolkampf (1933)
derselbe	Verstößt eine gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz, WuW 56, 173
derselbe	Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (1956)
Borchardt-Fikentscher	Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, 1957
Bötticher	Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm, AcP 158, 385
Brandt	Die zivilrechtliche Wirkung von Schwarzmarkt-geschäften, MDR 1948, 165
Brugger	Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, 467
von Brunn	Die wettbewerbsläuternde Vereinbarung, Festschrift für Isay, 1956, S. 171
derselbe	Die formularmäßige Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Auflage 1956
Bydlinski	Mittäterschaft im Schadensersatzrecht, AcP 158, 410
von Caemmerer	Preisverstöße und § 817 Satz 2 BGB, SJZ 1950, 640
derselbe	Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, Freiburger Universitätsreden, Neue Folge, Heft 23, 1956

von Caemmerer	Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung, NJW 1956, 571
derselbe	Wandlungen des Deliktrechts, in Festschrift zum 100jährigen Bestehen des deutschen Juristentages, 1960, Bd. II, 49
Callmann	Das deutsche Kartellrecht, 1934
Cantzler	Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, AcP 156, 29
Cartellieri	Besprechung zu Würdinger, BB 1954, 384
Coper	Bußgeld und Zuständigkeitsregelung im Kartellgesetz, JR 1958, 8
Deringer	Zum Speditionsurteil, NJW 1956, 1714
Detmold	Der Begriff des Schutzgesetzes in § 823 Abs. II BGB, in Göttinger Festschrift für Regelsberger, 1901, S. 317
Dilcher	Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 1960, 1040
Dörinkel	Die Bedeutung der Schriftform für Vertriebsbindungen in AGB, Betrieb 1961, 255
Dürig	Grundrechte und Zivilrechtsprechung, Festschrift für Nawiasky, 1956, S. 157
Ebisch	Das Preisüberhöhungsverbot in § 2a WiStG, WuW 1957, 448
Eger	Das Recht der deutschen Kartelle, 1932
Ehmke	Wirtschaft und Verfassung, die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, 1961
Endemann	Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, 1887
derselbe	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. und 4. Auflage 1898
Enneccerus-Nipperdey	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 15. Auflage 1959

Enneccerus-Lehmann	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, 15. Auflage 1958
Erdmann	Anrechnung schadenmindernder Handlungen, Diss. Köln 1934
Erlanger	Zur Anwendbarkeit des § 134 BGB auf Schutzgesetze, LZ 1932, 343
Ewald	Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle ? WuW 1956, 253
Fabricius	Zur Dogmatik des sonstigen Rechts gem. § 823 Abs. I BGB, AcP 160, 273
Fechner	Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft (1942)
Fikentscher	Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, BB 1956, 793 (zitiert: Drittverträge)
derselbe	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958 (zitiert: Wettbewerb)
derselbe	Die Preisunterbietung nach neuem Wettbewerbsrecht, 1958
derselbe	Neuere Entwicklung der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, WuW 1961, 788
Fischer	Schadenberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb, 1961
Flume	Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, WuW 1956, 457
derselbe	Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. I, 135

Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1958

Friedländer	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Einführung und Überblick, JZ 1957, 649
Friedrichs	Gesetzliches Verbot und Nichtigkeit, Das Recht 1924, 121

Gentz	Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. II und 9 KVO, WuW 1961, 587
Gleiss	Anmerkung zum BGH-Urteil-Werbeunternehmen, BB 1953, 129
Gnam	Zum Wesen der Sicherung des Wettbewerbs, NJW, 1953, 330
von der Goltz	Anmerkung zum Urteil-Werbeunternehmen, BB 1952, 210
Griesbach	Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des GWB, BB 1962, 1011
Günther	Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmer, WuW 1957, 677
derselbe	Zur Verabschiedung des GWB, BB 1957, 721
derselbe	Vorwort zum Aufsatz von Schmitz, NJW 1957, 1704
derselbe	Das GWB, GRUR 1958, 575
derselbe	Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum, WuW 1958, 379
derselbe	Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB, MA 1959, 269
derselbe	Das GWB als Instrument der Mittelstandspolitik, WuW 1960, 159
derselbe	Das GWB im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik, WuW 1960, 747
Haussmann	Der Antitrustgedanke im Wirtschaftssystem, 1950
Hefermehl	Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, Festschrift für Nipperdey, 1955
Hellwig	Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit, WuW 1959, 589
Hengstenberg	Verstoßen Bruttopreislisten gegen das GWB? WuW 1958, 439
Hirsch	Kontrolle wirtschaftlicher Macht, 1958

Huber	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage 1953
Hubmann	Das Recht am Unternehmen, ZHR 117, 41
Hueck, A.	Normenverträge, Ih. Jb. 73, 33 (1923)
Ihering	Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen, Ih. Jb. 10, 245
Isay, H.	Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts, 1899
Isay, R.	Die Geschichte der Kartellgesetzgebung, 1955
derselbe	Die juristische Technik der Wirtschaftslenkung, Festschrift für Schmidt-Rimpler, 1957
Isay - Tschiersky	Kommentar zum Kartellgesetz, 1925
Jescheck	Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, 457
Kellermann	Die gewerblichen Schutzrechte im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GRUR 1958, 581
Kessler	Freiheit und Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht, Festschrift für Martin Wolff, 1952
Koenigs	Das GWB und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, GRUR 1958, 589
derselbe	Wechselwirkungen zwischen GWB und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041
Kracht	Einwand des Kartellverstosses gegen Kaufpreisforderungen grundsätzlich unzulässig, WuW 1959, 546
derselbe	Das Diskriminierungsverbot im GWB, NJW 1960, 1229
Krahe	Kartellbegriff und Rechtssicherheit, WuW 1959, 615
Krause	Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, BB 1955, 265

Kronstein	Neue deutsche Wirtschaftsrechtliche Entscheidungen im Lichte des amerikanischen Antitrustrechts, Heft 6 der Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, 1953
derselbe	Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, 1957 (Antrittsvorlesung)
derselbe	Die Politik des Wettbewerbs in den Vereinigten Staaten von Amerika, Ordo III, 75 (1950)
Kummer	Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, 1960
Lange	Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, AcP 156, 114 (1957)
Langen	Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 1958
derselbe	Welche Bedeutung hat heutzutage der Ausdruck "gesetzliches Verbot" in § 134 BGB, Festschrift für Isay, 1956
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, 4. Auflage 1960
derselbe	Möglichkeiten einer Begrenzung der Haftung über Kausalität, Rechtswidrigkeit, Verschulden, Beiheft zum Vers. R. Karlsruher Forum 1959
Lehmann	Begrenzung der Rechtswidrigkeit, Festschrift für Hedemann, 1958
Lehnich	Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956
Lehnich - Fischer	Das Kartellgesetz, 1924
Leo	Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, 485
Lieberknecht	Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen ? MA 1958, 231
Liefmann	Kartelle und Trusts, 3. Auflage
Lukes	Der Kartellvertrag, Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkung, 1959

Marbach	Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention, 1950
Mayer	Kartelle, Kartellorganisation und Kartellpolitik, 1959
Mayer - Wegelin	GWB, Heft 73 der Reihe Wirtschaftskommentator, 1960
Merz	Besprechung der Schrift von Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, JZ 1959, 615
Mestmäcker	Dekartellierung und Wettbewerb in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte, Ordo IX, 99
Meyer - Cording	Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme 1954
Möhring	Dekartellierungsgesetzgebung als Schutzgesetz, MDR 1949, 411
derselbe	Dekartellisierungsrecht und gewerblicher Rechtsschutz, GRUR 1949, 271
Müllensiefen - Dörinkel	Kartellrecht, 3. Auflage 1938
Müllensiefen - Risse	Praxis der Kartellrechtsprechung, 1937
Müller	Die Dekartellisierungsgesetze, BB 1947, 137
derselbe	Anwendbarkeit von § 134 BGB im Kartellrecht, JZ 1954, 720
Müller - Gries	Kommentar zum GWB, 1958
Müller - Henneberg - Schwartz	GWB Kommentar, 1958 (zitiert: Gemeinschaftskommentar)
Mugdan	Die gesamten Materialien zum GWB für das deutsche Reich, 1899
Nehlert	Freiheit des Wettbewerbs und Kartellverbot, JR 1952, 181
Neumeyer	Monopolkontrolle in USA, 1953
Neuner	Interesse und Vermögensschaden, AcP 133, 277
Nipperdey	Reform des Kartellrechts, 1929

Nipperdey	Sonntagsverkauf von Nichtheilmitteln in Apotheken als Schutzgesetzverletzung, AcP 137, 60
derselbe	Wirtschaftsverfassung und BVerfG, 1960
derselbe	Die Frage des Schutzes des Unternehmens nach § 823 Abs. I GWB, Beiträge zum Wirtschaftsrecht 1932 II, 445
Nöll von der Nahmer	Der Wettbewerb als entscheidender Faktor der Marktwirtschaft, WuW 1961, 3
Ottel	Kann die Gesetzgebung Wettbewerb schaffen ? Festschrift für Isay, 1956
Rabel	Das Recht des Warenkaufs, 1936
Raiser	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935
derselbe	Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, Festschrift für Gierke, 1948
derselbe	Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1
derselbe	Kontrahierungszwang im Monopolrecht, Kartelle und Monopole im modernen Recht, Intl. Kartellrechtskonferenz Frankfurt a.M., 1960
derselbe	Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465
derselbe	Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. I, 101
Rasch	Wettbewerbsbeschränkung, Kartell- und Monopolrecht, 2. Auflage 1958
derselbe	Zu den Strafbestimmungen des Kartellgesetzes, WuW 1955, 132
Reinhardt	Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrag, Festschrift für Schmidt-Rimpler, 1957
derselbe	Das subjektive Recht in § 823 Abs. I BGB, JZ 1961, 713

Remmert	Ges. Nr. 56, Text und Erläuterung, 1948
Reuss	Der sogenannte Käuferstreik, AcP 156, 106
Röper	Der wirtschaftliche Hintergrund der Kartellegalisierung durch das Reichsgericht, Ordo III, 238
Rosenberg	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Auflage 1960
derselbe	Die Beweislast, 4. Auflage 1956
Rowedder	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen MDR 1958, 1;-, 129;-, 384
Scheuner	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, V.d.V.d. Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 11
Schippel	Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, 1956
Schmidt - Rimpler	Grundfragen einer Erneuerung des Privatrechts, AcP 147, 130
Schmitz	Das GWB und seine Konzeption, NJW 1957, 1704
derselbe	Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht NJW 1961, 2089
Schramm - Klaka	Das Deliktsrecht im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 1958, 75
Schwartz, G.	Teil- und Gesamtnichtigkeit bei unwirksamen vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1961, 838
Schwartz, I.	Deutsches Internationales Kartellrecht, 1962
Schwenk	Wechselwirkung von Kartellverbot und Einzelvertrag, WuW 1958, 326
Sölter	Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 1960
Soergel - Hefermehl	BGB Kommentar, zu § 134 BGB, 9. Auflage 1959
Spengler	Notwendigkeit der Synchronisierung verwaltungsmäßiger und justizförmiger Kartellaufsicht, WuW 1954, 200

Spengler	Amerikanisches Antitrustrecht, wie es nicht im Baedeker steht, Betrieb 1956, 957
derselbe	Zivilrechtliche Auswirkungen des Kartellgesetzes, WuW 1960, 410
derselbe	Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, WuW Schriftenreihe Heft 6, 1960
Staub - Heinichen	Kommentar zum HGB, § 376, 14. Auflage 1933
Staudinger - Coing	Kommentar zum BGB, § 134, 11. Auflage 1954
Staudinger - Weber	Kommentar zum BGB, §§ 249 ff, 11. Auflage 1959
Steindorff	Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, 1959
derselbe	Besprechung der Schrift von Spengler, JZ 1960, 232
derselbe	Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158, 431
derselbe	Das Wettbewerbsrecht der europäischen Gemeinschaften und das nationale Recht, Kartelle und Monopole im modernen Recht, Intl. Kartellrechtskonferenz, Frankfurt a. M., 1960
derselbe	Das Verbot der Preisbindung für Markenartikel nach geltendem Recht, BB 1955, 1001
Strickrodt	Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, WuW 1957, 75
derselbe	Die Tragweite des generellen Kartellverbots, Betrieb 1958, 15
derselbe	Verfassungskonforme Gesetzesauslegung im Kartellrecht, Betrieb 1959, 103; -, 132.
Taegert	Die Geltendmachung des Drittschadens, 1938
Teitgen	Über die Unzulässigkeit der Zivilklage in der Verfolgung von Verstößen gegen die Wirtschaftsgesetzgebung, 1961

von Tirpitz	Entwicklung der amerikanischen Antitrustpolitik, BB AWD 1962, 348
Ulmer, E.	Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbs-werbsrecht, Ein Beitrag zum Aufbau des Wett-bewerbsrechts, 1932
Ulmer, P.	Wettbewerbsbeschränkende Absprachen im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen, WuW 1960, 163
derselbe	Kartellvertrag und gentlemen's agreement, WuW 1962, 3
Werner	Vorteilsausgleichung, Kausalität und Wesen der Schadensersatzpflicht, NJW 1955, 769
Wilburg	Lehre von der Vorteilsausgleichung, Ih. Jb. 82, 51
Wittkowsky	Angaben über Preisabsprachen bei öffentlichen Aufträgen, BB 1962, 1300
Würdinger	Gesetz und Recht, Heft 12, 1947
derselbe	Vorwort zur deutschen Ausgabe von Neumeyer, Monopolkontrolle in USA, 1953
derselbe	AGB im Lichte der Dekartellisierungsbestimmungen MDR 1952, 129
derselbe	Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell und Wettbwerbsrecht, WuW 1953, 721
derselbe	Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft, WuW 1958, 503
Zeise	Voraussetzungen und Folgen des § 134 BGB bei Tausch und Kompensationsgeschäften, JR 1948, 278

2) zum amerikanischen Recht:

Adams	The "Rule of Reason": Workable Competition or Workable Monopoly? 63 Yale L.J. 348 (1954)
Adelman	Effective Competition and the Antitrust Laws, 61 Harv.L.Rev. 1289 (1947/48)
derselbe	Integration and Antitrust Policy, 63 Harv.L.Rev. 27 (1949/50)
Babcock	The Admissability and Scope of Guilty Pleas in Antitrust Treble Damage Actions, 71 Yale L.J. 684 (1962)
Bicks	The Department of Justice and Private Treble Damage Action, IV Antitrust-Bull. 5 (1959)
derselbe	Antitrust Today, 1961 Antitrust Law Symposium
Bok	The Tampa Electric Case and the Problem of Exclusive Arrangements under the Clayton Act, 1961 Supreme Court Rev. 267
Boye	Treble Damage Action Maintainable Against Group Boykotters Without Showing Public Injury, 1959 U. of Ill. L.F. 1090
Brücher	Bereichsausnahmen im US-Antitrustrecht, WuW 1959, 532
Butler	Application and Constitutionality of Tolling of Statute of Limitations Provisions of Sec. 5 Clayton Act in Case of Dual Enforcement Jurisdiction, 8 A.B.A. 42 (1956)
Chamberlin	The Theory of Monopolistic Competition, 1956
Dirlam & Kahn	Fair Competition: The Law and Economics of Antitrust Policy, 1954
Clark	The Treble Damage Bonanza, New Doctrines of Damages in Private Antitrust Suits, 52 Mich. L.Rev. 363 (1954)
Cooper	Treble Damgages-Reward for Private Enforcement of Federal Antitrust Laws, 32 Dicta, 293 (1955)

Corbin	A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law, 1950
Courtiss	Contracts-Defense of Illegality, 13 Sw.L.J. 535 (1959)
Daniel	Enforcement of the Sherman Act by Action of Treble Damges, 34 Va. L. Rev. 901 (1948)
Day	Antitrust Trial, 5 A.B.A. 65 (1954)
Dixon	Recent Changes in Organization and Procedure of the Federel Trade Commission, 19 A.B.A. 252 (1961)
Donovan & Irvine	Proof of Damages under the Antitrust Law, 88 U. of Pa.L.Rev. 511 (1940)
Doyle	Treble Damages and Counsel Fees, 5 A.B.A. 142 (1954)
Forkosch	Antitrust and the Consumer, 1956
Freund	The Pleading and Pre-Trial of an Antitrust Claim, 46 Cornell L.Q. 55 (1955)
von Gamm	Das amerikanische Wettbewerbsrecht, WRP 1960, 2
Gellhorn	Contracts and Public Policy, 35 Col. L.Rev. 679 (1955)
Greenwald	Capitalized Pricing of Injury to Capital in Treble Damage Suits, 45 Corn.L.Q. 84 (1959)
derselbe	The Measurement of Damages in Private Antitrust Suits, V Antitrust Bull. 293 (1960)
Grove	Means of Determining when Treble Damages Are Recoverable for a Loss Due to a Violation of the Antitrust Laws, 46 Cal.L.Rev. 447 (1958)
Hadlick	Treble Damages under the Antitrust Laws, 1940
Hale & Hale	Market Power, Size and Shape under the Sherman Act, 1958

Handler	A Study of the Construction and Enforcement of the Federal Antitrust Laws, U.S./T.N.E.C. Study Nr. 38 (1941)
derselbe	Recent Antitrust Developments, Record of the Ass'n. of the Bar of the City of New York, Nr. 7, 1959
Huddle	Waiver of Treble Damages - Suit for Actual Damages, 23 Geo. Wash. L. Rev. 221
Kahn	Standards for Antitrust Policy, 67 Harv. L. Rev. 28 (1953)
derselbe	A Legal and Economic Appraisal of the New Sherman and Clayton Acts, 63 Yale L.J. 293 (1954)
Kaysen & Turner	Antitrust Policy, 1959
Kessler & Stern	Competition, Contract and Vertical Integration, 69 Yale L.J. 21 (1959/60)
Kintner	The Revitalized Federal Trade Commision, A Two Year Evaluation, 30 N.Y.U. L.Rev. 1143 (1955)
Koenig	Federal Taxation of Private Antitrust Recovery, 13 Stan. L. Rev. 264 (1961)
Kronstein - Miller - Schwartz	Modern American Antitrust Law, 1958
Lockhart	Violation of the Antitrust Laws as a Defense in Civil Actions, 31 Minn. L. Rev. 507 (1947)
Loevinger	Antitrust, Economics and Politics, I Antitrust Bull. 225 (1955)
derselbe	Private Action-The Strongest Pillar of Antitrust, 3 Antitrust Bull. 167 (1958)
derselbe	Handling a Plaintiff's Antitrust Damage Suit, IV Antitrust Bull. 29 (1959)
derselbe	Treble Damage Litigation and the Small Business Man, 16 A.B.A. 106 (1960)

Loevinger	Recent Developments in Antitrust Enforcement, 18 A.B.A. 102 (1961)
Marcus	Civil Rights and the Antitrust Laws, 18 U.Chi.L.Rev. 171 (1950/51)
McAllister	The Big Case: Procedural Problems in Antitrust Litigation, 64 Harv.L.Rev. 27 (1961)
McClintock	Handbook of the Principles of Equity, 1930
McConnell	The Treble Damage Action, 1950 U. of Ill. L.F. 659
derselbe	The Treble Damage Issue, A Strong Dissent, 50 Nw.L.Rev. 342 (1955)
McCormick	Handbook on the Law of Damages, 1935
McDonald	Proof of Conspiracy: The Prima Facie Rule, 1952 CCH Antitrust Law Symposium
McFarland	Judicial Control of the Federal Trade Commission and the Interstate Commerce Commission, 1933
Montgomery	Failure to Allege Public Injury in Private Antitrust Suits, 27 Geo.Wash.L.Rev. 378
Neale	The Antitrust Laws of the U.S., 1960
Nims	Damages and Accounting Procedure in Unfair Competition Cases, 31 Corn.L.Q. 431 (1946)
Report and Recommendations	Presented to House of Delegates by Section of Antitrust Law at Midwinter Meeting, Chicago/Ill., 1956
Restatement of the Law of Torts,	as adopted and promulgated by the American Law Institute, Vol. IV (1939)
Rowe	Price Discrimination under the Robinson Patman Act, 1962
Sawyer	Cost Justification Report, 8 A.B.A. 54 (1956)
Sedgwick	On Damages, 9th ed. 1912
Seeley	The Pitfalls which Lurk in Government Litigation for Defendants who May Be Subjected to Treble Damage Actions, IV Antitrust Bull. 17 (1959)

Simpson	Handbook of the Law of Contracts, 1954
Smith	The Incredible Electrical Conspiracy, Fortune, 1961, 132
Stocking	Workable Competition and Antitrust Policy, 1961
Sutherland	Developments in Antitrust, 15 A.B.A. 151 (1958)
Thorelli	The Federal Antitrust Policy, 1954
Timberlake	The Use of Government Judgments or Decrees in Subsequent Treble Damage Actions under the Antitrust Laws, 36 N.Y.U.L.Rev. 991 (1961)
Toulmin	A Treatise on the Antitrust Laws, 1951
Tromm	Case Note: Klor's Case, 57 Mich.L.Rev. 1244
U.S. Government	House and Senate Hearings and Reports
Vold	Are Threefold Damages under the Antitrust Act Penal or Compensatory? 28 Ky.L.J. 117 (1939/40)
Walsh	A Treatise on Equity, 1930
Weston	Developments in Antitrust During the Past Year, 19 A.B.A. 37
derselbe	Tampa Electric and the Clayton Act: Return from Automated Antitrust to Rule of Reason Approach, 19 A.B.A. 211
Wham	Antitrust Treble Damage Suits: The Government's Chief Aid in Enforcement 40 A.B.A.J. 1061
Whipple	Two Aspects of Plaintiff's Treble Damage Suits: Class Actions; Person Injured and Standing to Sue, 8 A.B.A. 27 (1956)
Williston	A Treatise on the Law of Contracts, 1936 mit Ergänzungen
Wood	Unenforceable Contracts and Other Consequences, 5 A.B.A. 159 (1954)

Notes and Comments:

Recovery of Treble Damages under the Sherman Act, 38 Yale L.J. 503 (1928/29)

Proof of Damages under the Antitrust Acts, 39 Yale L.J. 1035 (1929/30)

Procedure in Private Suits under the Sherman and Clayton Acts, 32 Col. L. Rev. 335 (1932)

Fifty Years of Sherman Act Enforcement, 49 Yale L.J. 284 (1940)

Enforceability of Contracts which Violate the Robinson Patman Act, 55 Yale L.J. 820 (1945/46)

The Proof of Damages under the Antitrust Laws, 41 Ill. L. Rev. 462

Developments in the Law: Damages, 61 Harv. L. Rev. 113 (1947/48)

The Requirement of Certainty in the Proof of Lost Profits 64 Harv. L. Rev. 317 (1950/51)

Proof Requirements in Antitrust Suits, 18 U. Chi. L. Rev. 130 (1950/51)

Antitrust Enforcement by Private Parties, 61 Yale L.J. 1010 (1952)

Trade Rules and Trade Conferences: The FTC and Business Attack Deceptive Practices, Unfair Competition and Antitrust Violations, 62 Yale L.J. 912 (1953)

Should Injury in Treble Damage Suits Be Redefined? 51 Nw. U. L. Rev. 141 (1956/57)

Investigatory Powers of the Feral Trade Commission, 53 Nw. U. L. Rev. 109 (1958)

Private Suit, Public Injury and Market Effects under the Sherman Act, 11 Stan. L. Rev. 338 (1959)

Proving Injury to Competition in Private Antitrust Suits Provoked by Concerted Refusals to Deal, 68 Yale. L.J. 949 (1959)

The Supreme Court, 1958 Term, 73 Harv. L. Rev. 200 (1959)
The Supreme Court, 1959 Term, 74 Harv. L. Rev. 81 (1960)
The Supreme Court, 1960 Term, 75 Harv. L. Rev. 40 (1961)
The Supreme Court, 1961 Term, 76 Harv. L. Rev. 53 (1962)

Limiting the Unclean Hands and In Pari Delicto Defenses in Antitrust Suits: An Additional Justification, 54 Nw. U. L. Rev. 56 (1959/60)

Treble Damges for Geographic Price Discrimination Between Non-Competing Purchasers, 5 Vill.L.Rev. 320 (1959/60)

The Defense of Antitrust Illegality in Contract Actions, 27 U. Chi.L.Rev. 758 (1960)

Federal Antitrust Law - Stockholder's Remedy for Corporate Injury Resulting from Antitrust Violations, 59 Mich.L.Rev.904 (1961)

The Defense of "Passing On" in Treble Damage Suits under the Antitrust Laws, 70 Yale L.J. 469 (1961)

The Federal Trade Commission und Reform of the Administrative Process, 62 Col. L.Rev. 671 (1962)

The Role of State Law in Federal Antitrust Treble Damage Actions, 75 Harv.L.Rev. 1395 (1962)

Abkürzungen
(soweit in Deutschland nicht gebräuchlich)

A.	.....	Atlantic Reporter
A.B.A.	.....	American Bar Association, Section of Antitrust Law
A.B.A.J.	.....	American Bar Association Journal
Am.Jur.	.....	American Jurisprudence
Antitrust Bull.	.....	Antitrust Bulletin
Att.Gen.Rep.	.....	Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, 1955
Cal.L.Rev.	.....	California Law Review
CCH	.....	Commerce Clearing House
cert.den.	.....	certiorari denied
Cir.	.....	Circuit
C.J.	.....	Corpus Juris
Col.L.Rev.	.....	Columbia Law Reviw
Congr.	.....	Congress
Corn.L.Q.	.....	Cornell Law Quarterly
D.C.	.....	District Court
D.C.S.D.	.....	District Court, Southern District
Fed.	.....	Federal Reporter
F.2d	.....	Federal Reporter, Second Series
fn.	.....	footnote
F.Supp.	.....	Federal Supplement
Geo.Wash.L.Rev.	.....	Georg Washington University Law Review
Harv.L.Rev.	.....	Harvard Law Review
H.R.	.....	House Res
Ill.L.Rev.	.....	University of Illinois Law Review
Ky.L.J.	.....	Kentucky Law Journal
L.ed.	.....	Lawyers' Edition
Mass.	.....	Massachusetts
Md.	.....	Maryland
Me.	.....	Maine
Mich.L.Rev.	.....	University of Michigan Law Review
Minn.L.Rev.	.....	University of Minnesota Law Review
Mo.	.....	Missouri
N.D.	.....	Northern District

N.J.	.....	New Jersey
N.Y.	.....	New York
N.Y.S.	.....	New York Supreme Court Reports
N.Y.U.L.Rev.	.....	New York University Law Review
Nw.U.L.Rev.	.....	Northwestern University Law Review
P.	.....	Pacific Reporter
Pa.	.....	Pennsylvania
Rec.	.....	Record
rev'd.	.....	reversed
S.Ct.	.....	Supreme Court Reports
Sec.	.....	Section
Sen.Doc.	.....	Senate Document
S.E.	.....	South Eastern Reporter
Sess.	.....	Session
Stan.L.Rev.	.....	Stanford Law Review
Stat.	.....	Statutes
Sw.L.J.	.....	Southwestern University Law Journal
Tenn.	.....	Tennessee
U.Chi.L.Rev.	.....	University of Chicago Law Review
U.of Ill.L.F.	.....	University of Illinois Law Forum
U.S.	.....	United States Supreme Court Reports
U.S.C.	.....	United States Code
U.S.C.A.	.....	United States Code Annotated
Va.L.Rev.	.....	Virginia Law Review
Vill.L.Rev.	.....	Villanova Law Review
Wisc.	.....	Wisconsin
Yale L.J.	.....	Yale Law Journal

1. Kapitel: EINLEITUNG UND GRUNDLAGEN DER UNTERSUCHUNG

§ 1 DER TATBESTAND UND SEINE ABGRENZUNG

I. Die Zemententscheidung des BGH als typischer Tatbestand

1. Der Sachverhalt

Noch zur Zeit der Geltung der Dekartellierungsbestimmungen hatte der 5. Strafsenat des BGH in einem Strafverfahren wegen Betrugs folgenden Fall zu entscheiden[1]:

Angeklagt war ein Zementgroßhändler, der seinen Bedarf von verschiedenen Zementwerken Westfalens bezogen hatte. Seine Lieferanten hatten sich untereinander abgesprochen und zu einem Syndikat zusammengeschlossen, das infolge des hohen Kostenanteils der Fracht bei Zement im westfälischen Raum keinem Wettbewerb ausgesetzt war. Sie belieferten ihre Kunden über vier gemeinsame Verkaufsstellen, deren Verkaufsgebiete genau abgegrenzt waren, und berechneten Stationsfrankopreise oder vergüteten für den Fall der Selbstabholung einen entsprechenden Frachtsatz. Der Angeklagte hatte in vielen Fällen unrichtige Verbrauchsorte angegeben und dadurch erreicht, daß ihm niedrigere Preise eingeräumt oder höhere Vergütungen bezahlt wurden, als ihm nach den Verkaufsbedingungen der Zementwerke zugestanden hätten. Auf die Anzeige der Lieferfirmen hin wurde der Zementgroßhändler wegen Betrugs (§ 263 StGB) angeklagt und in erster Instanz verurteilt. Im Revisionsverfahren hatte sich der BGH vordringlich mit der Frage zu befassen, ob der Angeklagte zum Nachteil der Zementwerke einen Vorteil erlangt hatte, zu dem er nach seinem Kaufvertrag nicht berechtigt war. Damit war incidenter die Vorfrage zu entscheiden, ob und in welchem Umfang die Zementwerke Ansprüche aus diesem Vertrag geltend machen konnten. Diese Fragestellung verlangte insbesondere die Entscheidung, ob etwa die Lieferverträge zwischen Händler und den Verkaufsstellen des Zementsyndikats dem Syndikat nur einen geringeren als den vereinbarten Kaufpreisanspruch gaben, weil der vereinbarte Kaufpreis als Kartellpreis über einem für den Händler günstigeren Marktpreis lag, während nur dieser Marktpreis geschuldet wurde. In diesem Fall hätten die der Anklage zugrunde liegenden Manipulationen des Händlers im Ergebnis nur eine Herabsetzung des unzulässig überhöhten Vertragspreises auf den allein rechtmäßigen Wettbewerbspreis bewirkt und als Abwehr gegen unzulässiges Kartellverhalten nicht rechtswidrig sein können.

---

1) BGHSt. 8, 221, 5. Str. Senat, Urteil vom 23.9.1955; WuW/E BGH 118.

2. Die zivilrechtlichen Fragen des Strafverfahrens

Horizontale Absprachen der Art, wie sie die Zementwerke Westfalens getroffen hatten, waren zu jener Zeit durch die Dekartellierungsbestimmungen verboten[2] und gemäß § 134 BGB unwirksam. Unter diesen Voraussetzungen zwang der strafrechtliche Ausgangspunkt den Senat, sich mit der Frage zu befassen, ob sich die Unwirksamkeit als Folge des gesetzlichen Verbots der Kartellabsprache auf diese beschränkte, oder ob sie sich darüber hinaus auch noch auf die unter dem Einfluß dieser Horizontalabsprache zustandegekommenen Einzelverträge zu erstrecken hatte.

Je nach dem Ergebnis dieser Entscheidung wäre dem Dritten als Kunden eines Syndikats oder eines einzelnen Kartellteilnehmers ein mehr oder weniger durchgreifendes Mittel zu seinem eigenen Schutz gegen die Geltendmachung ungerechtfertigter Ansprüche seines kartellgebundenen Vertragspartners in die Hand gegeben. Insbesondere könnte er den Klagen seiner Vertragspartner auf die unter dem Diktat der Kartellabsprache vereinbarten vertraglichen Leistungen den Einwand völliger oder teilweiser Nichtigkeit dieser Vereinbarung entgegensetzen.

Aus der Sicht des Schutz gegen Kartellübermacht verlangenden Dritten läßt sich in Fällen dieser Art dann ferner daran denken, ihm gegen seinen das Kartellverbot mißachtenden Vertragspartner einen Schadensersatzanspruch zu gewähren, der den Nachteil wieder zum Ausgleich bringen soll, der sich durch das Ausspielen unerlaubt begründeter Kartellmacht für die verhandlungsschwächeren Dritten ergibt.

Diesen Dritten wären damit zu ihrem eigenverantwortlichen Schutz gegenüber der Bildung und Ausnutzung von Kartellmacht als wichtigste Sanktionsmöglichkeiten eingeräumt:

1. Der Einwand der Unwirksamkeit, der nicht nur die Durchführung der horizontalen Absprache selbst hindern, sondern auch den Vollzug des kartellentsprechenden Folgevertrages gegen den Willen des Dritten unmöglich machen kann.

2. Der Schadensersatzanspruch des Dritten, der sich durch kartellkonformes Verhalten seiner Handelspartner geschädigt glaubt.

---

2) Art. I Nr. 2, Art. V Nr. 9c Abs. I und II MRVO 78.

II. Formen horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen mit Drittwirkung

1. Die Tatbestände des horizontalen Absprachenverbotes

In dem eingangs dargestellten Zementfall war die Vorfrage, ob die Abrede zwischen den Zementwerken rechtlich bindend sein konnte, nach den Vorschriften des Dekartellierungsrechts der alliierten Besatzungsmächte [3] zu beurteilen. Für seine Anwendung hatte sich in der deutschen Rechtsprechung die im amerikanischen Antitrustrecht entwickelte "rule of reason" als maßgeblicher Auslegungsgrundsatz für die Bestimmung der Grenzen erlaubten, wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens Aufnahme und Anerkennung verschafft[4]. Das Gericht ließ sich im konkreten Fall auf eine entsprechende Prüfung ein[5], verneinte aber im Ergebnis eine zur Zulässigkeit und damit zur Rechtsverbindlichkeit der horizontalen Absprache führende Anwendung dieser einem wortgetreuen Gesetzesvollzug Einhalt gebietenden Regel: die durch die Festsetzung der gemeinsamen Verkaufspreise und die Aufteilung von Absatzgebieten schädliche Auswirkung auf den Wettbwerb konnte nicht durch praktische Notwendigkeiten und wirtschaftliche Vorteile des Zusammenschlusses aufgewogen werden, Das Gericht konnte daher von der Unwirksamkeit der horizontalen Vereinbarung zwischen den Zementwerken ausgehen[6]

Mit dem Inkrafttreten des GWB[7] hat diese Rechtsprechung an Bedeutung verloren. Nach der Systematik dieses neuen Gesetzes ist für horizontale Absprachen in § 1 ein Generaltatsbestand vorangestellt, wonach alle wettbewerbsbeschränkenden Verträge und Beschlüsse mit Eignung zur Marktbeeinflussung unwirksam sind, solange sie nicht unter eine der im Gesetz abschließend aufgezählten Ausnahmen fallen. Eine Fortwirkung der teleologischen Gesetzesinterpretation, wie sie im Rahmen der "rule of reason" möglich war [8], erscheint daher nur noch bei der Beurtei-

---

3) MRG 56 und MRVO 78 enthielten für die amerikanische und britische Zone ein generelles Kartellverbot, während die MRVO 96 für den französisch besetzten Teil Deutschlands auf eine solche Grundsatzbestimmung verzichtete; diese Gesetze sind abgedruckt bei Rowedder, Kartellrecht, Heidelberg 1954.

4) BGHZ 3, 193 (198); BGH in NJW 1952, 344; BGHZ 5, 71 (74) und 126 (129)

5) Die Frage, ob für die vorliegende Art von Vertrag die Berücksichtigung der "rule of reason" überhaupt angezeigt war, sei hier noch zurückgestellt.

6) Für die Fragen der Anwendbarkeit und der Reichweite der "rule of reason" genüge an dieser Stelle der Hinweis auf Att.Gen.Rep. S.11 und Neale, The Antitrust Laws of the USA, 1960, S. 13.

7) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957 (BGBl.I,S.1081), gem. § 109 in Kraft seit dem 1.1.1958.

8) Vgl. Steindorff, Zweckmäßigkeit, S. 37.

lung der unbestimmten Rechtsbegriffe des gesetzlichen Grundtatbestandes wie Wettbewerb, Markt, Beeinflussung u.ä. beschränkt möglich. Man kann daher heute grundsätzlich von der Unwirksamkeit jeder derartigen Wettbewerbsabsprache zwischen Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck, also eines jeden Kartellvertrages ausgehen. Nur in verschiedenen Bereichen, die seit alters staatlicher Intervention unterliegen, ist die Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips auch weiterhin ausgesetzt [9].

Von dem in § 1 GWB bestimmten Grundsatz der Unwirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Horizontalverträge sind für bestimmte Kartellformen, bei besonderer Zweckrichtung und unter besonderen Umständen, umfangreiche und bedeutende Einzelausnahmen vorgesehen, die Kartellverträge unter recht unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen rechtlich bindend werden lassen.

Ins einzelne gehende Ausführungen zu den Merkmalen des Kartelltatbestandes und den variierenden Wirksamkeitsbedingungen gehen über die Aufgaben hinaus die sich die vorliegende Arbeit gestellt hat. In diesem Zusammenhang erscheint es vielmehr ausreichend, die Gruppe von Tatbeständen, für die eine gleiche Problemlage wie im eingangs dargestellten Zementfall eintreten kann, zusammenzustellen und davon die Fälle, bei denen wesentlich verschiedene Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, abzugrenzen und auszuscheiden.

a) Bereits die thematische Beschränkung schließt die Auswirkung vertikaler Wettbewerbsabsprachen auf dritte Parteien von der weiteren Untersuchung aus. Zwar lassen sich solche Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen ohnedies nicht als typische Kartellverträge verstehen, doch können immerhin auch bei ihnen Interessenübereinstimmungen bestehen, die Anlaß für wettbewerbsbeschränkende Verträge zu gemeinsamem Zweck werden. Die Mehrzahl dieser Vertikalbindungen unterliegt den Bestimmungen der §§ 15 ff. GWB, in deren Zusammenhang sich zwar ähnliche Probleme der Drittwirkung einstellen können, die hier jedoch aus unserer Untersuchung ausgeschlossen bleiben sollen. In einigen Fällen bleibt aber die Anwendung des generellen Kartellverbotes nicht auf Horizontalverträge beschränkt. So unterliegen z.B. Gegenseitigkeitsverträge, durch die bestimmte Außenseiter vom Wettbewerb ausgeschlossen werden sollen, soweit die weiteren Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, den Unwirksamkeitsfolgen des § 1 GWB mit den Ausnahmemöglichkeiten der anschließenden Vorschriften[10]. Von dieser Gemeinsamkeit abgesehen, wird das Ziel der Vertikalverträge von anderen Gesichtspunkten bestimmt. Sie sind daher zumindest aus der grundsätzlichen Fragestellung zunächst auszuklammern.

---

9) Bereichsausnahmen bestehen für die Verkehrswirtschaft (§ 99), die Land- und Forstwirtschaft (§ 100), die Bank- und Versicherungswirtschaft (§ 101) und die Energiewirtschaft (§ 103).

10) Baumbach-Hefermehl, GWB § 1 Anm. 30.

b) Die zweite und wichtigste Abgrenzung ergibt sich daraus, daß sich mögliche Folgen der angedeuteten Art nur bei unzulässiger Wettbewerbsabsprache, also bei unwirksamen Kartellen einstellen können. Häufig wird diese Voraussetzung von ausschließlich formellen Umständen abhängen, ob z.B. die Anmeldung erfolgt[11] oder eine bestimmte Widerspruchsfrist bereits abgelaufen ist[12]. Obgleich die mögliche Beeinträchtigung der Interessen Dritter und damit deren Schutzbedürftigkeit dieser formellen Scheidung nicht entspricht, lassen zulässige und wirksame Kartelle keine weiterreichenden Rechtsfolgen erwarten. Unsere Untersuchung wird daher jeweils von einer unwirksamen, horizontalen Kartellvereinbarung auszugehen haben, so daß alle Fälle der durch Anmeldung, Zeitablauf oder Genehmigung wirksam gewordenen Kartelle ebenso für die weitere Untersuchung unbeachtlich bleiben können, wie die übereinstimmenden Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die den Kartelltatbestand des § 1 GWB noch gar nicht erfüllen.

Zur letzten Gruppe gehören insbesondere die gemeinsame Unterwerfung unter eingetragene Wettbewerbsregeln[13] und nach verbreiteter Ansicht auch die ohne vertragliche Bindungsabsicht vereinbarten gentlemen's agreements[14]. Zwar kann und wird die Beachtung und Innehaltung solcher "Frühstückskartelle" auf dem Markt vielfach denselben Einfluß und das gleiche Ergebnis haben, wie der Vollzug eines Kartellvertrages[15], doch erfordert eine scharfe Abgrenzung des Problems, die Überlegungen auf die Folgeverträge zu beschränken, die an einen mit dem Willen zur Rechtsverbindlichkeit geschlossenen Kartellvertrag anknüpfen.

---

11) In den Fällen der Exportkartelle ohne Inlandswirkung nach § 6 Abs. I GWB.

12) In den Fällen der Konditionen- (§ 2), Rabatt- (§ 3) und Normen- und Typenkartelle (§ 5 Abs. I).

13) § 29 GWB bestimmt ausdrücklich, daß solche Übereinkünfte keine Verträge oder Beschlüsse im Sinne des § 1 GWB sind.

14) Vgl. dazu die Übersicht bei P. Ulmer, Kartellvertrag und gentlemen's agreement, WuW 1962, 3 ff.

15) Diese Erfahrung findet ihre Bestätigung auch in der Literatur, die versucht, eine solche Weiterwirkung einer faktischen Bindung dadurch zu verhindern, daß man entweder den § 38 Abs. I S. 1 GWB auch in den Fällen entsprechend anwenden will, in denen es überhaupt schon an einem unwirksamen Kartellvertrag fehlt (Baumbach-Hefermehl, GWB § 1 Anm. 29; Benkendorff, WuW 1954, 147 (152); Langen, Kommentar, § 1 Anm. II 3 b), oder auf den Umgehungstatbestand des § 38 Abs. II S. 2 GWB abstellt (so Ulmer, a.a.O., S. 15/16).

Mit dieser Begrenzung sind dann bereits auch alle die Fragen ausgeschlossen, die sich an die Folgen eines ausschließlich tatsächlich übereinstimmenden Verhaltens, wie in den Fällen der Preisführerschaft, knüpfen. Ohne auf gemeinsamer Verabredung zu basieren, gehört die Befolgung einer Preisführung nicht zu den hier zu überprüfenden Wettbewerbshandlungen.

Auch Nichtdiskriminierungsverträge zwischen marktbeherrschenden oder preisbindenden Unternehmen verstoßen nicht gegen § 1 GWB, da in der zusätzlichen Vereinbarung einer bereits gesetzlich auferlegten Pflicht (§ 26 Abs. II GWB) keine unzulässige Wettbewerbsbeeinträchtigung gesehen werden kann[16]. Ebenso ist die bloße Verabredung verschiedener Unternehmen, sich gegenseitig über ihre Preise zu unterrichten, unter Wettbewerbsgesichtspunkten unbedenklich, solange sie nicht als Umgehung des generellen Abspracheverbots mißbraucht wird; ohne diese Qualifizierung kann die wechselseitige Aufklärung der Teilnehmer am Wettbewerb diesen eher intensivieren, denn beeinträchtigen. Solche vielfach als "open price systems" bekannten Abmachungen erfüllen den Tatbestand des § 1 GWB nicht[17] und bleiben daher im Fortgang unberücksichtigt.

Im Wege negativer Auslese haben wir damit den zu untersuchenden Tatbestand zunächst auf die Fälle beschränkt, in denen die Einzelbeziehung mit dem Dritten an einen unwirksamen, horizontalen Kartellvertrag anschließt. Als wichtigste Formen solcher Verträge lassen sich, von den gesetzlichen Ausnahmemöglichkeiten im Einzelfall einmal abgesehen, zusammenstellen:

1. Kartelle zur Vereinheitlichung des Marktverhaltens. Dazu gehören:

   a) Konditionenkartelle, die sich auf die Festlegung gemeinsamer Zahlungs- und Lieferungsbedingungen beschränken.

   b) Kalkulationskartelle, die die Grundlagen für eine vereinheitlichte Preisbildung bestimmen.

   c) Preiskartelle, die schärfer als Konditionen- und Kalkulationskartelle unmittelbar das Leistungsentgelt selbst ziffernmäßig festlegen. Gerade sie kommen häufig in beiden Formen, sowohl auf der Einkaufs- wie auf der Verkaufsseite vor.

   d) Als besondere Form des Preiskartells ist das Submissionskartell herauszustellen, das bei einer öffentlichen Ausschreibung die Mitbewerber zu einer abgestimmten Abgabe von Angeboten veranlaßt, die ein gegenseitiges Unterbieten vermeiden soll.

---

16) So Baumbach-Hefermehl, GWB § 1 Anm. 38.

17) Frankfurter Kommentar, Tz 123, Einl. C; Baumbach-Hefermehl, GWB § 1, Anm. 39; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 31.

2. Kartelle zur Marktbegrenzung und Marktaufteilung: Darunter fallen vor allem Gebietsaufteilungskartelle, die für die einzelnen Kartellteilnehmer die Absatzbereiche abgrenzen, und Kontingentierungskartelle, die Umfang von Absatz oder Produktion auf eine bestimmte Quote festlegen.

3. Kartelle zur gezielten Beeinträchtigung einzelner, wie Boykott- und Diskriminierungskartelle.

2. Die Preisabsprache als Musterfall der Untersuchung

Die drei verbliebenen Kartellgruppen und auch die in ihnen zusammengefaßten Kartelltypen selbst weisen untereinander noch immer Unterschiede auf, die sich insbesondere bei der Bemessung möglicher Sanktionsfolgen auswirken können, so daß eine durchgehende Gleichbehandlung aller Fälle ausscheidet. So begründen z.B. Kalkulationskartelle eine nur geringere Gefahr der Marktbeeinflussung als Konditionenkartelle, deren voller wettbewerbsbeschränkender Effekt sich in den Nebenbedingungen eines jeden kartellkonformen Einzelvertrages niederschlagen muß. Diese letzteren stehen ihrerseits dann in der Wirkung wieder hinter Preiskartellen zurück, bei denen sich die Absprache auf die einzelvertragliche Gegenleistung selbst und nicht nur auf die Bedingungen ihrer Erbringung bezieht.

Gegenüber der Gruppe der reinen Marktaufteilungskartelle lassen sich Unterschiede darin sehen, daß hier Bereichsmonopole geschaffen werden, die zu der Gefahr kartellmäßiger Beeinflussung der Handelsbedingungen eine zusätzliche Gefahr der Beeinträchtigung des Marktes durch mißbräuchliche Ausnutzung solcher Einzelstellung heraufbeschwören.

Schließlich ließe sich für die dritte Gruppe noch die Besonderheit herausstellen, daß es sich dort um gezielte Maßnahmen gegenüber einzelnen handelt, die sich oft nur örtlich und zeitlich begrenzt auswirken sollen und darum viel krassere Abweichungen von Wettbewerbsmaßstäben im Gefolge haben können, als dies für die meisten anderen Kartelle, die regelmäßig noch die Außenseiterkonkurrenz zu beachten haben werden, zutrifft.

Häufig begründen Kombinationen einzelner Kartellformen dann noch weitere Abstufungen und schaffen zusätzliche Schwierigkeiten der Einordnung. Auch verschieden straffe Organisationsgrade des Kartellaufbaus von der bloßen Übereinkunft bis hin zum Syndikat lassen unterschiedlich starke Beeinflussung einer freien Konkurrenzwirtschaft erwarten.

Diese Vielgestaltigkeit der verbleibenden Aufgabe läßt es ratsam erscheinen, der weiteren Untersuchung einen Kartell-Prototyp zugrundezulegen und nur dort, wo dafür Anlaß besteht, auf veränderte Gesichtspunkte bei anderen Kartellformen einzugehen. Für diesen Zweck drängt sich das Preiskartell auf, das gegenüber

den anderen Formen verschiedene Vorteile bietet. Einmal bestehen für Preiskartelle die geringsten Ausnahmemöglichkeiten vom Verbot des § 1 GWB, was den verläßlichsten Rechtszustand schafft; ferner waren Preiskartelle bereits zur Geltungszeit des Dekartellierungsrechts unbedingt unzulässig und können auch im Antitrustrecht der USA, das zu Vergleichszwecken herangezogen werden soll, als per se unzulässig keine Rechtfertigung durch eine noch so überzeugende "reasonableness" finden; dann wird in den Fällen der Befolgung einer Preisabsprache die materielle Beeinträchtigung der anderen Marktpartner am besten ersichtlich und am einfachsten als Vermögenseinbuße feststellbar; schließlich erscheint auch gerade bei Preiskartellen der Einwand des Kartellverstoßes gegen die im Regelfall auf Geldzahlung gerichtete Kaufpreisklage am ehesten überzeugend.

Ohne ausdrücklichen anderslautenden Hinweis gehen daher die nachfolgenden Überlegungen zur Außenwirkung jeweils von einem Preiskartell in der Form der Verkäuferabsprache aus.

3. Die Drittwirkung von Wettbewerbsabsprachen

Nachdem der zu berücksichtigende Kartelltatbestand als Ausgangspunkt möglicher Drittbeeinträchtigung so weit eingeengt ist, bedarf es noch einer Abgrenzung nach der Seite des betroffenen Personenkreises hin. Der gesetzliche Tatbestand in § 1 GWB selbst bringt durch die Voraussetzung der "Eignung zur Marktbeeinflussung" zum Ausdruck, daß Grund der generellen Kartellunwirksamkeit gerade die kartellmäßige Außenwirkung auf Dritte ist, die durch die Versagung rechtlicher Anerkennung bereits im Keim erstickt werden soll [18]). Durch die Kartellabsprache werden Bedingungen geschaffen, die die freie, konkurrenzmäßige, wirtschaftliche Betätigung nicht kartellbeteiligter Dritter beeinträchtigen können. Der Außenseiter-Mitbewerber sieht sich plötzlich einer koordinierten mächtigen Wirtschaftsgruppe gegenüber, die ihn zwingen kann, seine eigenen Wirtschaftspläne nach deren faktischem Diktat auszurichten und dadurch Nachteile zu erleiden. Doch soll sein Schutz, den er traditionsgemäß, wenn auch mit beschränkter Erfolgsaussicht, in erster Linie im Recht des unlauteren Wettbewerbs suchen wird, das mit einigen Sondertatbeständen auch in das GWB Eingang gefunden hat [19]), uns hier im einzelnen nicht beschäftigen. Dem Sachverhalt des Eingangsfalles getreu befassen wir uns allein mit dem möglichen Schutz der Marktteilnehmer, die sich als Kunden bzw. Lieferanten auf der nach- oder vorgelagerten Marktstufe dem Diktat der Kartellgruppe ausgesetzt sehen. Durch die Ausschaltung der für si

---

18) Baumbach-Hefermehl, GWB § 1 Anm. 45; Frankfurter Kommentar, § 1 Tz.4

19) Z.B. § 26 Abs. 1 GWB (Anstiftung zum Boykott) und § 22 GWB (Bekämpfung des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung).

bei ungehindertem Wettbewerb bestehenden Alternativen der Marktwahl wird das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen vermieden und ihnen damit die Chance bestmöglichen Aushandelns geraubt[20]. Die Untersuchung ihrer Rechte und Schutzmöglichkeiten hat sich diese Arbeit allein zur Aufgabe gemacht.

III. Der Schutz von Privatinteressen im Kartellrecht

Mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen soll der Wettbewerb als Ordnungsform des wirtschaftlichen Lebens ermöglicht und gewährleistet werden. Zusammenwirkende gesellschafts-, sozial- und wirtschaftspolitische Zielsetzungen, die in einer solchen Gesetzgebung Berücksichtigung finden müssen, bedingen, daß jede Maßnahme gesetzgebender, verwaltungsmäßiger oder rechtsprechender Art, die die Herstellung einer freiheitlichen Ordnung auf wirtschaftlichem Gebiet fördert, direkt oder indirekt auch dem einzelnen Marktteilnehmer zugute kommt.

Das Gesetz selbst hat durch die Normierung bestimmter Rechtsfolgen für einzelne wettbewerbsbesshränkende Tatbestände, sowie durch die Schaffung spezieller Verwaltungsbehörden und die Begründung ihrer weitreichenden Zuständigkeiten detaillierte Vorsorge getroffen, wie das Wettbewerbssystem durchgesetzt und erhalten werden soll. Es könnte scheinen, daß sich darin die Aufgabe des Rechts, die es hier als Instrument einer Wirtschaftsordnung erfüllen kann[21], erschöpft. Eine solche Auffassung ließe jedoch außer Betracht, daß sich die einer freien Marktwirtschaft abträglichen Auswirkungen einer Kartellabsprache hauptsächlich im Geschäftsverkehr der Kartellteilnehmer mit Dritten einstellen[22]. Die bloße Rechtsschutzversagung für den Kartellvertrag kann ausschließlich die Unverbindlichkeit der Absprache für die daran Beteiligten begründen und damit einem internen

---

20) Fikentscher, Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkungen in § 1 GWB, WuW 1961, 788 (796 f) und die dortigen Literaturhinweise.

21) Zweifellos sind die rechtlichen Ordnungsmöglichkeiten für ökonomisches Verhalten begrenzt: Biedenkopf-Steindorff, GWB 1957, S. 14; Hirsch, a.a.O., S. 50.

22) Die Ansicht Nipperdey's, Reform des Kartellrechts, 1929, S. 53, daß man "öffentlich rechtliche positive Notwendigkeiten nicht mit negativen privatrechtlichen Mitteln" durchsetzen könne, erscheint unter aller Beachtung der prinzipiell verschiedenen Zielrichtung überspitzt. Darum ist auch seine Folgerung, nicht an gewissen Wirkungen zu korrigieren, sondern allein die Ursachen zu bekämpfen, nicht zwingend.

Kartellzwang Riegel vorschieben. Für den außenstehenden Vertragspartner des einzelnen Kartellteilnehmers oder einer gemeinsam eingerichteten Verkaufsstelle, der sich deren auf koordinierter, wirtschaftlicher Macht beruhendem Diktat ausgesetzt sieht und dadurch Gefahr läuft, sich ihm ungünstigeren Vertragsbedingungen beugen zu müssen, ist damit noch kein ausreichender Schutz gewährleistet. Seine Interessen an möglichst günstigem Geschäftsabschluß sind erst durch kartellkonformes Verhalten der Marktgegenseite beeinträchtigt. Ohne dem Dritten hier eigenständige, wirksame Rechtsbehelfe zuzugestehen, müßte das generelle Kartellverbot für sich allein aus diesem Grunde lückenhaft erscheinen, es sei denn, daß ausreichend andere Mittel, etwa straf- oder verwaltungsrechtlicher Art, zur Verfügung stehen, um auch bloßes kartellentsprechendes Verhalten im Einzelfall zu unterbinden.

Die damit gestellte Aufgabe, die individuellen Schutzrechte eines Kartellkunden zu ermitteln und zu begründen, läßt sich in ihrer Bedeutung nicht voll erfassen, ohne diese Rechtsbehelfe in dem größeren Zusammenhang aller Variationen der Kartellbekämpfung und der Kartellkontrolle zu sehen. Die Möglichkeit einer harmonischen Einordnung privater Rechtsbehelfe in den Apparat der gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Mittel der Wettbewerbssicherung ist Voraussetzung ihrer Anerkennung.

1. Der Staat als Hüter privater Belange

Die Ausübung entscheidender Funktionen ist im Kartellrecht den Kartellbehörden übertragen. Ihre Befugnisse sind mit Ausnahme der Regelung für Sonderkartelle in § 8 GWB zwischen Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden geteilt[23]. Sie lassen sich in drei Gruppen zusammenfassen:

a) Die Kartellbehörde als Genehmigungsinstanz:

In einer Reihe von Fällen können Kartellverträge erst mit der Erlaubnis der Kartellbehörde wirksam werden[24], die diese von dem Vorliegen einer Reihe einzeln zu prüfender Umstände abhängig zu machen hat. Eine der Erlaubnis entsprechende Wirkung kommt in anderen Fällen[25] der Unterlassung möglichen Widerspruchs durch die Kartellbehörde zu; nach Ablauf einer dreimonatigen Frist werden solche Kartelle automatisch wirksam.

b) Die Kartellbehörde als Aufsichtsinstanz:

Auch in Fällen, in denen weder eine besondere Erlaubnis, noch eine Wider-

---

23) § 44 GWB.
24) §§ 4, 5 Abs. II und III, 6 Abs. II, 7 und 8 GWB.
25) §§ 2, 3, 5 Abs. I GWB.

spruchsmöglichkeit vorgesehen ist, sind Kartellverträge wenigstens anzumelden[26], wofür die Erfordernisse in § 9 Abs. IV GWB im einzelnen aufgestellt sind. Alle Verträge mit Ausnahme der reinen Exportkartelle (§ 6 Abs. I GWB), sind danach in das Kartellregister einzutragen. Diese Informationsquelle setzt die Kartellbehörde in die Lage, ihren Aufgaben zur Unterbindung von Mißbräuchen nachzukommen, und die ihnen in § 12 Abs. II GWB eingeräumten Maßnahmen zu treffen. Ähnliche Funktionen der Mißbrauchskontrolle sind ihr in § 17 gegen die mißbräuchliche Ausnutzung einer Preisbindung und in § 18 GWB gegen die unbillige Einschränkung wirtschaftlicher Unternehmungsfreiheit einzelner durch Verwendungs-, Ausschließlichkeits- und Vertriebsbindungen sowie durch Koppelungsverträge gegeben. Weitere bedeutende Aufsichtsrechte sind der Kartellbehörde in den §§ 20 und 22 zugewiesen. Zur Erfüllung dieser Aufgaben sind ihr besondere Befugnisse eingeräumt, die dazu verhelfen, in Einzelheiten gehende tatsächliche Informationen zu erlangen [27].

c) Die Kartellbehörden mit Aufgaben der Strafverfolgung

Neben verwaltungsmäßiger Kartellaufsicht dienen Bußsanktionen mit Strafcharakter als weiteres Mittel, um die Beachtung der Wettbewerbsgrundsätze zu erzwingen. Im Falle des Verstoßes gegen einen Katalog von Ordnungswidrigkeitstatbeständen hat die Kartellbehörde als Strafverfolgungsbehörde das Recht, einen Bußgeldantrag zu stellen, der bei vorsätzlichen Verstößen bis zu 100.000.-- DM oder der dreifachen Höhe des durch die Zuwiderhandlung erzielten Mehrerlöses betragen kann[28].

2. Der Selbstschutz der Marktteilnehmer

Der bisherige Überblick über die Mittel und Wege zur Durchsetzung einer wettbewerbsgelenkten Marktwirtschaft mußte den Eindruck vermitteln, daß es dem Gesetzgeber bei der Einführung des GWB hauptsächlich um die Schaffung eines Kartellverwaltungs- und eines Kartellstrafrechts zu tun gewesen ist. Daneben stehen nun aber auch den einzelnen Marktbeteiligten selbständige Eingriffs- und Verteidigungsrechte zu, die teilweise ausdrücklich im Gesetz verankert sind, sich zum anderen Teil aber aus allgemeinen Regeln des Zivilrechtes ergeben.

---

26) §§ 5 Abs. IV, 6 Abs. I GWB.

27) Vgl. §§ 54 und 55 GWB.

28) Hinsichtlich der Einzelheiten des Verfahrens und der besonderen Tatbestände vgl. die §§ 81 bis 86 und 38 bis 41 GWB. Erläuterungen bei Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar, zu § 38 Anm. 39.

Die Mittel, die ihnen zur Wahl stehen, sind:

a) darauf gerichtet, verwaltungsmäßiges Vorgehen anzuregen und zu unterstützen; zu ihnen gehören die Antrags-, Anzeige- und Mitspracherechte[29], die das Bestreben deutlich machen, durch eine Koordination von Einzelvorgehen und Verwaltungshandeln eine größtmögliche Durchschlagskraft zu erreichen[30]

b) dazu bestimmt, durch Inanspruchnahme privater Rechtsbehelfe eigene Interessen zu verfolgen und zu verteidigen.

(1) Diesem Zweck dienen einmal besondere Kündigungsrechte, sowie Beschränkungen bei der Verwertung von geleisteten Sicherheiten nach den §§ 13 und 14 GWB, die den einzelnen Kartellteilnehmer selbst im Rahmen einer übermächtigen Kartellorganisation nicht ohne Schutz lassen. Auch die Formvorschrift des § 34 GWB will unter anderem die Beteiligten selbst vor übereiltem Abschluß von Kartellverträgen schützen[31].

(2) Die für Privatparteien bedeutsameren Rechtsbehelfe entsprechen denen des allgemeinen Zivilrechts. So kann insbesondere einer Klage auf Einhaltung der Kartellabmachungen der Unwirksamkeitseinwand entgegengesetzt werden. Daneben kann jedermann den Schaden einklagen, der ihm durch die Verletzung einer Vorschrift des GWB entstanden ist, die auch zu seinem Schutz bestimmt ist, was in § 35 GWB als Wiederholung des in § 823 Abs. II BGB bereits ausgedrückten Rechtssatzes nochmals ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen wurde. Darüber hinaus besteht ein Schadensersatzanspruch auch bei Verstößen gegen entsprechende Verfügungen der Kartellbehörde oder des Beschwerdegerichts (35 Abs. I GWB). Ferner sind unter den gleichen Voraussetzungen Unterlassungsansprüche anerkannt.

(3) Weitere Gestaltungsrechte und Ersatzansprüche, wie sie im allgemeinen

---

29) § 51 I Antragsrecht auf Einleitung eines Verfahrens
§ 53 II Gelegenheit zur Stellungnahme
§ 59 Einspruchsrecht der Verfahrensbeteiligten
§ 62 II Beschwerderecht der Verfahrensbeteiligten
§ 71 III Möglichkeit zur Akteneinsicht
§ 74 Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde
§ 75 Einlegung der Rechtsbeschwerde.

30) § 90 GWB zeugt für diese Absicht im umgekehrten Fall, indem er den Kartellbehörden die Gelegenheit gibt, an bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Kartellfragen teilzunehmen.

31) Begründung zum Regierungsentwurf (Anlage I zu Bundestagsdrucksache 1158) abgedruckt im Gemeinschaftskommentar III, Materialien, B, zu § 27 1.

Vertrags- und Deliktsrecht anerkannt sind, können bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen ebenfalls von einzelnen Kartell- oder dritten Marktteilnehmern zu eigenem Schutz herangezogen werden.

3. Die spezifischen Rechtsbehelfe des kartellbeeinträchtigten Kunden

Aus der Zusammenstellung privater Rechtsbehelfe sind diejenigen der Gruppe (1) auszuscheiden, die nur im Verhältnis zwischen den Kartellpartnern selbst eine Rolle spielen können. Inwieweit die übrigen Sanktionsmittel auch den Kunden als außenstenden Dritten gegenüber den Kartellen und ihren Einzelteilnehmern zustehen sollen und können, ist als Aufgabe der nachstehenden Untersuchung bereits angezeigt. Hier galt es nur einleitend, die wichtigsten Rechtsfolgen und Zuständigkeiten im Kartellrecht einmal systematisch zusammenzustellen, um aus der Erkenntnis ihrer zulässigen Konkurrenz und aus Funktionsvergleichen die Basis für mögliche Rückschlüsse zur Frage der Einpassung weiterer Rechtsbehelfe in das Rechtsschutzsystem des GWB zu schaffen.

IV. Berechtigung, Nutzen und Schranken privater Rechtsverfolgung durch Kartellkunden

Kommt ein Vertrag zwischen einem Kartellangehörigen und einem unbeteiligten Kunden zu den Kartellbedingungen zustande, so ist diese Einzelbeziehung dem Spannungsverhältnis zwischen miteinander konkurrierenden Angeboten und der Nachfrage entzogen. Die Kartellbestimmtheit des Einzelvertrages bedeutet einen Einbruch in das Marktsystem der interdependenten Preisrelationen[32]. Da nun, wenigstens nach der Überzeugung des Gesetzgebers[33], horizontalen Beschränkungen eine Tendenz zur fortschreitenden Machtkonzentration und vor allem zur Preiserhöhung oder Preisstabilisierung eigen ist[34], läßt die Erfahrung für den Regelfall auch eine in dem Einzelvertrag zum Ausdruck kommende Benachteiligung des Drittpartners erwarten[35]. Zur Korrektur dieser Verfälschung, dem Ersatz erlittenen Nachteils und der Wiederherstellung eines konkurrenzmäßigen Angebots-

---

S. 1101; Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß), Bundestagsdrucksache 3644, abgedruckt im Gemeinschaftskommentar, III, Materialien E, zu § 27, S. 1196.

32) Günther, WuW 58, 380. 33) Begründung zum Entwurf, a. a. O., S. 1058; 1064.

34) So Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956, S. 32; Fikentscher, Drittverträge, S. 798; Chamberlin, The Theory of Monopolistic Competition, 1956, S. 11; a. A. Benisch, Gemeinschaftskommentar, S. 651. Zur Preispolitik der Kartelle eingehend Mayer, Kartelle, Kartellorganisation und Kartellpolitik, S. 75 ff.

35) Die Kartellauswirkungen auf Abnehmer und Lieferanten sind genauer darge-

marktes erscheinen teils verwaltungsmäßige und teils privatrechtliche Maßnahmen mit Vorzug geeignet. Soweit es gilt, die Voraussetzungen unbeschränkten Wettbewerbs neu zu schaffen, mag dies, da im Allgemeininteresse liegend, überwiegend als verwaltungsmäßige Aufgabe erscheinen. Umgekehrt fällt die Aufgabe, kartellbedingte Einzeleinbußen wieder zum Ausgleich zu bringen, eher in den Tätigkeitsbereich der betroffenen Dritten.

Im GWB selbst sind die möglichen Rechtsbehelfe dieser privaten Kläger nicht eindeutig festgelegt. Ihre Anerkennung wird wesentlich von einer Auslegung und Wertung abhängig sein, für die diejenigen Gesichtspunkte, die Gewicht bei der Entscheidung gewinnen können, hier schon einleitend in Thesenform vorangestellt werden sollen.

1. Das Einzelinteresse als treibende Kraft des Wettbewerbs

Die Entscheidung für eine Marktordnung durch freien Wettbewerb und das zu ihrer Durchsetzung geschaffene Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind das Ergebnis wirtschaftsliberalen Gedankengutes. Danach kann und soll der Wirtschaftsablauf nicht mehr mit den wohlfahrtsstaatlichen Mitteln einer zentralisierten Verwaltungsbürokratie gelenkt, sondern vielmehr durch die aus Einzelinitiative geborenen Entscheidungen des einzelnen Marktteilnehmers geleitet werden[36]. Die sich widerstreitenden Einzelinteressen am Markt sollen zu marktgerechem Ausgleich führen. Wird das Einzelinteresse somit zu einem tragenden Pfeiler in unserer Wettbewerbsordnung, so erscheint seine Inanspruchnahme auch dort unverzichtbar, wo es gilt, eingetretene Verfälschungen wieder zu bereinigen und ihre schädigenden Auswirkungen rückgängig zu machen [37].

2. Das Selbsthilferecht des einzelnen in der freiheitlichen Ordnung

Mehr noch als die konsequente Ausnützung privater Interessen fordert das in

---

stellt bei Mayer, a.a.O., S. 316 ff.

36) Die Folgerichtigkeit dieses Nebeneinanders betont auch Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 218.

37) Die Zweifel Strickrodt's, Lieferverträge, S. 91/92, ob Dritte wertvolle Helfer einer Antimonopolpolitik sein können, scheinen auf bloßen Mutmaßungen zu beruhen, deren Berechtigung wenigstens durch die Erfahrungen der amerikanischen Praxis sehr in Frage gestellt ist. Demgegenüber ist vielmehr Biedenkopf, Freiheitliche Ordnung, S. 32, zuzustimmen, der betont, daß sich freier Wettbewerb nicht durch Gesetz einführen läßt, sondern nur in einer Gesellschaftsordnung bestehen kann, deren Mitglieder auf die Verwirklichung ihrer Freiheitsrechte bedacht sind.

einer freiheitlichen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung verbürgte Recht selbständiger Entscheidung auch die Anerkennung wirksamer privater Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verwirklichung eigenverantwortlicher Selbsthilfe[38]. Der einzelne Marktteilnehmer, der sich einer Kartellmacht ausgesetzt und von ihr beeinträchtigt fühlt, soll sich nicht dadurch zu der gerade durch Bestätigung einer freien Marktwirtschaft getroffenen grundsätzlichen Entscheidung für selbstverantwortliches Handeln in Widerspruch setzen müssen, daß er sich zur Erhaltung des diese Möglichkeiten gewährenden Systems allein auf die Hilfe der damit überforderten Verwaltung zu verlassen hat[39].

3. Private Rechtsverfolgung im Dienste des öffentlichen Interesse

Als weiterer Gesichtspunkt wird zu bedenken sein, daß Verwaltungsinstanzen von sich aus gar nicht imstande sein werden, auch nur einen repräsentativen Teil bestehender Wettbewerbsverfälschungen festzustellen und mit den ihnen zu Gebot stehenden Sanktionen zu verfolgen. Ihnen obliegt vor allem die Verfolgung der Fälle, in denen schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen unmittelbare Allgemeininteressen berühren, wobei sich diese mit gesamtwirtschaftlichen Maßstäben gemessen, vielfach nicht mehr mit den vielschichtigen Individualinteressen zur Deckung bringen lassen. Wollte man die Verwaltung zusätzlich auch noch zum Hüter aller Einzelinteressen machen, so drohte daraus die Gefahr, sie durch die Überbeanspruchung von ihren vordringlicheren, wirtschaftspolitischen Funktionen abzulenken. Dazu kommt, daß Verwaltungsverfahren, die sich gegen bestimmte Wettbewerbspraktiken richten, wegen der dadurch notwendigen Beurteilung umfangreicher Tatsachenkomplexe häufig sehr viel schwerfälliger sein werden, als dies für auf Einzelsachverhalte gestützte Privatklagen zu erwarten steht. Außerdem sehen sich die Verwaltungsinstanzen als am unmittelbaren Wirtschaftsleben unbeteiligte Organe einer Bürokratie ungleich größeren Erkenntnis- und Beweisschwierigkeiten gegenüber, als die meist branchenerfahrenen Privatkläger.

---

38) Fikentscher, Drittverträge, S. 796, 1. Sp. Die rechtsschöpferischen Entscheidungen des BGH zum umfassenden Schutz der Persönlichkeitsrechte sind Zeugnis einer vergleichbaren Situation. Erweiterte, zivilrechtliche Ansprüche folgten der durch das Grundgesetz geschaffenen Wertordnung, in der ideelle Persönlichkeitsrechte eine zentrale Stellung einnehmen. Diese Zusammenhänge sind aufgezeigt, von Coing, Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JZ 1958, 558 (560).

39) Diese Antinomie wird besonders deutlich bei Leo, S. 491, der die einzelnen Wirtschaftssubjekte schließlich zu Erfüllungsgehilfen des Staates bei seinem Bemühen um die bestmögliche Versorgung eben dieser Wirtschaftssubjekte und der übrigen Allgemeinheit degradiert.

Alle diese Gründe lassen die Beteiligung Dritter bei der Verfolgung von Verstößen zum Schutze der Wettbewerbsordnung insgesamt und somit auch im allgemeinen Interesse erwünscht und notwendig erscheinen [40]. Allerdings kann diese Wahrnehmung allgemeiner Belange nur dann im öffentlichen Interesse sein, wenn es gelingt, eine schädliche Konkurrenz zivilrechtlicher Sanktionen mit verwaltungsmäßigem Vorgehen auszuschließen. Dadurch muß sich die Gefahr vermeiden lassen, daß sich verwaltungs- und justizmäßige Anschauungen entgegenstehen und auf diese Weise eine einheitliche Kartellpolitik gestört wird[41].

4. Die Anforderungen der Rechts- und Verkehrssicherheit

Schranken der Befürwortung privater Rechtsbehelfe Dritter ergeben sich aus den Anforderungen der Rechts- und Verkehrssicherheit. Wichtige Voraussetzung einer wettbewerbsgelenkten Wirtschaft ist ein flüssiger Marktablauf, in dem die rechtlichen Folgen kaufmännischer Transaktionen eine verläßliche Basis weiterer Dispositionen sein müssen. Private Rechtsbehelfe müssen darum so beschaffen sein, daß sie diesen Erfordernissen keinen Abbruch tun.

5. Die Grenzen praktischer Verwirklichung

Auch Praktikabilitätsgesichtspunkte haben Gewicht für die Förderung oder Beschränkung privater Rechtsverfolgung. Ebenso wie einerseits Verwaltungsbehörden überfordert sind, einzelne Verstöße und ihre aus der Gesamtschau oft nur geringfügig erscheinenden Auswirkungen in der Drittbeziehung festzustellen und nachzu

---

40) Den Präventionscharakter zivilrechtlicher Sanktionen unterstreicht Böttcher AcP 158, 385 und für das GWB im besonderen Lukes, Der Kartellvertrag, S. 189. Entsprechend schreibt Hefermehl, Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, Festschrift für Nipperdey, S. 288, für den Bereich des UWG: "Die Interessen der Mitbewerber und der Allgemeinheit laufen konform; daher ist es sinnvoll, auch die öffentlichen Interessen mit den Mitteln des Privatrechts wahrzunehmen."

41) Ballerstedt, Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, 267, 271, weist ohne näheres Eingehen auf "Nachteile einer doppelgleisigen zivil- und zugleich verwaltungsrechtlichen Kontrolle über verbotene Machtabreden" hin. Soll der Zivilrechtler aber schon so leicht vor einer konkurrierend begründeten Zuständigkeit kapitulieren? Demgegenüber ist die Mahnung Spenglers zuletzt in "Über Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen", WuW Schriftenreihe, Heft 6, S. 23, zu begrüßen, der eine Synchronisierung zwischen verwaltungsmäßiger und justizförmiger Kartellaufsicht verlangt (früher schon in WuW 1954, 200 und Betrieb 1956, 959)

weisen, übersteigt es umgekehrt auch die Fähigkeiten der die Beweislast tragenden Einzelparteien und der zur Entscheidung berufenen Gerichte, ohne einen unverhältnismäßigen und daher nicht mehr praktikablen Aufwand den Einfluß einzelner unerlaubter Absprachen auf einen verwickelten Marktprozeß und dadurch in zweiter Linie auf eine Einzelbeziehung mit der Zuverlässigkeit zu bestimmen, die für die Erfüllung der einer Sanktion des Privatrechts gestellten Aufgaben zum Interessenausgleich unumgänglich ist.

§ 2 DEUTSCHES UND AMERIKANISCHES KARTELLRECHT ALS GRUNDLAGEN DER UNTERSUCHUNG

I. Deutsches Kartellrecht bis 1945

Das Bemühen, aus der Kartellgeschichte und der Entwicklung der Kartellgesetzgebung in Deutschland Anhaltspunkte dafür zu finden, inwieweit privates Vorgehen als Beitrag zum Kampf gegen Wettbewerbsbeschränkungen gewertet werden kann, erscheint nur wenig aussichtsreich. Für den deutschen Rechtskreis erweist es sich als äußerst schwierig, das Kartellrecht als Fortbildung einheitlicher Leitgedanken darzustellen, da im Verlauf der im Vergleich zu anderen Ländern und vor allem zum angelsächsischen Rechtskreis erst sehr späten Entwicklung doch vielfach politische und nicht rechtliche Gesichtspunkte bestimmenden Einfluß hatten. Zu einer Zeit, da sich das heute bestentwickelte amerikanische Antitrustrecht zu formen begann, verhielt sich das Recht in Deutschland gegen die privatrechtliche Gestaltung wirtschaftlicher Macht gleichgültig. Der Übergang vom Agrar- zum Industriestaat konnte sich in den Gründerjahren nach 1871 unter den Voraussetzungen schrankenloser Kartellfreiheit vollziehen[1] und als Folge der heute so viel geschmähten Grundsatzentscheidung des Reichsgerichts von 4.2.1897[2], die die Kartellzulässigkeit unter dem Gesichtspunkt der Gewerbefreiheit bejahte, verzögerte sich die Entwicklung um nahezu zwei weitere Jahrzehnte. Zwar hatte sich

---

1) Frankfurter Kommentar, Einl. B Tz 2.

2) RGZ 38, 155; Kritik bei Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung 1956, S. 239; Böhm, Das Reichsgericht und die Kartelle, Ordo Bd. I, S. 197 (1948); Röper, Der wirtschaftliche Hintergrund der Kartell-Legalisierung durch das RG, 1897, Ordo III, S. 238 (1950); Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 1953, Bd. I, S. 317.

in den Jahren von 1902 bis 1906 eine von der Reichsregierung berufene Kartellenquête mit den Bedenken, die gegen die fortschreitenden Machtzusammenballungen aufgekommen waren, befaßt, gelangte aber nach wie vor zu dem Schluß, daß für einen Eingriff durch Gesetz noch keine Not sei[3]. Die Furcht, Einzelrechte zu beschränken, überwog gegenüber den Bedenken einer Selbstbeschränkung dieser Rechte [4].

Erst die Auswirkungen der Inflation nach dem ersten Weltkrieg lenkten die öffentliche Aufmerksamkeit mehr auf die Lage der Wirtschaft und damit auch auf deren Organisationsformen, die Kartelle. Diese wurden vielfach deshalb für die schleichende Geldentwertung verantwortlich gemacht, weil sie die Preise über den Weltmarktstand hinausgetrieben und damit möglichen Export beschnitten hätten. Dieser Tendenzumschwung führte zur Kartellverordnung von 1923[5], die die Kartelle wenigstens unter staatliche Aufsicht stellte[6], die dann zu Eingriffen führen konnte, wenn Gesamtwirtschaft oder Gemeinwohl gefährdet waren[7]. Gesetzesentstehung wie auch Gesetzeswortlaut lassen keinen Zweifel, daß Rechte und Interessen, sei es von Mitbewerbern oder von Kunden, damit nicht besonders geschützt werden sollten[8], und daß das neue Gesetz richtigerweise lediglich als Kartellpolizeirecht[9] bezeichnet werden konnte, das Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl als Schutzbereiche hatte[10]. Damit aber waren private sondergesetzli-

---

3) Die Zahl der bestehenden Kartelle wurde mit 385 angegeben, im Jahr 1925 wurde dann bereits eine Zahl von 3000 Kartellen geschätzt.

4) Diese Einstellung kommt in den Verhandlungen des 26. deutschen Juristentages von 1904 zum Ausdruck. Es heißt dort: "Der Juristentag ist der Überzeugung, daß auch im Bereich des Kartells Normen und Geist des herrschenden Privatrechts uneingeschränkt zur Herrschaft kommen und hier jedermann den vollen und gleichen Schutz seiner Interessen und seiner Persönlichkeit genießen müsse wie im übrigen Rechtsverkehr."

5) VO gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923, RGBl. 1923 I, 1067.

6) Die weitergehende Maßnahme eines Kartellverbotes schlechthin hielt man nicht für erforderlich, zumal daran auch eine stärker betonte Vertrags- und Vereinigungsfreiheit hinderten.

7) Vgl. § 4 KVO.

8) Das Hauptinteresse galt vielmehr der Frage, mit welchen zivilrechtlichen Mitteln sich die Kartellpartner gegen inneren Koalitionszwang zur Wehr setzen konnten; vgl. Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung 1956, S. 272.

9) Isay, Die Geschichte der Kartellgesetzgebung, Berlin 1955, S. 272.

10) Callmann, Das deutsche Kartellrecht, Kommentar 1934, S. 281.

che Verfolgungsrechte außerhalb jeder Diskussion[11], und die Entscheidungen über Gegenmaßnahmen blieb allein dem Reichswirtschaftsminister vorbehalten. Einzelne Wirtschaftsgruppen oder Marktteilnehmer blieben daher ohne einen über die Ansprüche aus unerlaubter Handlung oder aus unlauterem Wettbewerb[12] hinausgehenden Schutz[13]. In der Zeit bis zum Dritten Reich, dessen Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen [14] deutliche Kundgabe einer vollkommenen Änderung der staatlichen Marktordnung war, verschärften sich zwar die Anti-Kartell-Maßnahmen[15]; an der grundsätzlichen Einstellung, daß damit allein ein Gemeininteresse verfolgt werde, wofür die Zuständigkeit staatlicher Behörden begründet war, änderte sich jedoch nichts.

Von 1933 bis 1945 ließ die auf der Grundlage der (merkantilistischen) Wirtschaftsgesinnung des Nationalsozialismus veränderte Wirtschaftspolitik[16] keinen Raum für private Intervention. Zentrale Lenkungsmaßnahmen zur Koordinierung unabhängiger Wirtschaftspläne von Einzelunternehmen bestimmten das Wirtschaftsbild jener Epoche. Das Kartell war nicht mehr ein Hindernis einer freien Marktordnung, sondern ein willkommenes Organisationsmittel zur zwangsweisen Unterdrückung wirtschaftlicher Einzelentscheidung.

---

11) Selbst das Privatklagerecht aus dem Gesichtspunkt der Monopolausbeutung wurde seinem Charakter nach als Popularklage, und die Kläger als Vertreter der Allgemeinheit bezeichnet: Callmann, a.a.O., S. 283; auch die weitere Frage, ob § 1 KVO etwa als Schutzgesetz i.S. des § 823 II BGB hätte angesehen werden können, ist wohl nie erörtert worden, vgl. Fikentscher, Wettbewerb, S. 183.

12) Gerade die Abgrenzung des Kartellrechts vom Recht des unlauteren Wettbewerbs hatte zu der immer mehr vergröbernden Einteilung: hier Gemeinwohl - dort Individualschutz geführt, vor allem im Anschluß an Callmann, a.a.O., S. 279 ff.; zu dieser Frage eingehend Fikentscher, Wettbewerb, S. 163-207.

13) Callmann, a.a.O., S. 221; Eger, Das Recht der deutschen Kartelle, 1932, S. 47-49; auf die Sonderbestimmung des § 10 KVO, die für die Handelspartner des Kartells von Vorteil war, soll erst im Zusammenhang mit der Einzelvertragsnichtigkeit eingegangen werden.

14) RGBl. 1933 I. 488.

15) Die KNVO vom 26.7.1930 (RGBl. 1930 I, 311) eröffnete weitere Eingriffsmöglichkeiten des Staates, während die dazu ergangene Ausführungsverordnung vom 30.8.1930 (Reichsanzeiger Nr. 205) erstmals einzelne Vertragstypen unmittelbar nichtig erklärte.

16) So Isay, Die Geschichte der Kartellgesetzgebung, 1955, S. 62 und die dort aufgeführte Literatur.

II. Deutsches Kartellrecht nach dem II. Weltkrieg Einfluß und Bedeutung des amerikanischen Antitrustrechts

Die eigentliche Kampfansage an privatrechtliche Formen der Bildung wirtschaftlicher Macht erfolgte erst nach Beendigung des zweiten Weltkrieges. Sie stand vornehmlich unter dem Einfluß amerikanischer Antitrustpolitik und fand deutlichsten Ausdruck in den Dekartellisierungsbestimmungen der Besatzungsmächte[17]. Ohne Zweifel wünschten die alliierten Besatzungsmächte in Deutschland Entflechtung und Dekartellierung aus sehr unterschiedlichen Gründen, über die sich die Gesetzgeber zum Teil selbst nicht einig waren[18]. Im Verlauf der Zeit verloren aber unmittelbare Nachkriegsmotive zunehmend an Gewicht, so daß sich das wissenschaftliche und dann auch das gesetzgebungspolitische Interesse bald ganz darauf richten konnten, sich um das Verständnis der Ziele und Bedeutungen des Antitrustrechtes als Vorlage der noch weitergeltenden Dekartellierungsgesetze[19] und als Leitbild einer künftigen eigenen Gesetzgebung zu bemühen. Der unmittelbare, starke Einfluß des amerikanischen Rechts wurde dann in den Beratungen zum GWB offenbar und dauert von daher auch noch heute an.

Diese Beziehung legt es nahe, auch für den in dieser Arbeit zu behandelnden Problemkreis Lösungsmöglichkeiten im amerikanischen Recht zu suchen; damit allein scheint jedoch eine ins einzelne gehende rechtsvergleichende Gegenüberstellung beider Wettbewerbsrechte noch nicht gerechtfertigt, zumal trotz der starken Beeinflussung bei der Entstehung heute die Eigenständigkeit des GWB nicht mehr in Zweifel gezogen werden kann[20]. Eine vergleichende Untersuchung ist vielmehr in erster Linie durch das Anliegen begründet, aus der reichen amerikanischen Praxis Erfahrungen und Einsichten zu gewinnen, die eine genügend sichere Grundlage für die Bestätigung und Präzisierung der vorangestellten Thesen als der maßgeblichen Gesichtspunkte für die Befürwortung oder Ablehnung wirksamer privatrechtlicher Sanktionen Dritter gegen Kartellverstöße abgeben und die Folgen der Gewährung solcher Rechtsbehelfe ermessen zu lassen. Auch darüber hinaus kann das amerikanische Recht für die wichtigen Probleme des sich allein in

---

17) Vgl. oben § 1, Fußnote 3.

18) Dazu ausführlich Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956, S.469ff.

19) Zur Bedeutung des amerikanischen Antitrustrechtes für die deutsche Gesetzesauslegung vgl. Kronstein, Neue deutsche wirtschaftsrechtliche Entscheidungen im Lichte des amerikanischen Antitrustrechts, Karlsruhe 1953; Mestmäcker, Dekartellierung und Wettbewerb in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte, Ordo IX, 39.

20) Daran änderte auch die Verpflichtung der Bundesregierung, im neuen Gesetz das Dekartellierungsrecht sinngemäß beizubehalten (vgl. BGBl. 1955 II, 482), nichts.

der Praxis bewährenden Zusammenspiels von materiellem Recht mit dem Prozeß- und vornehmlich dem Beweisrecht, sowie mit anderen Rechtsmaterien, wie hier insbesondere dem Steuerrecht, wertvolle Aufschlüsse liefern. Es erscheint daher nützlich und richtig, den dogmatischen Überlegungen zum deutschen Recht im folgenden Kapitel eine eingehende Untersuchung der Parallelfragen im Antitrustrecht der U.S.A. vorauszuschicken.

2. Kapitel: DER INDIVIDUALSCHUTZ IM ANTITRUSTRECHT DER VEREINIGTEN STAATEN VON AMERIKA

§ 1 DER SCHUTZ GEGENÜBER WETTBEWERBSBESCHRÄNKENDEN ABSPRACHEN

Bestimmung, Verfolgung und Durchsetzung einer erfolgreichen Antitrustpolitik ist in den Vereinigten Staaten in erster Linie Aufgabe der Regierung und Verwaltung. Hauptsächlich das Justizministerium mit einer stark besetzten Antitrustabteilung und die Federal Trade Commission (FTC) wachen über die Aufrechterhaltung der Voraussetzungen und Spielregeln einer auf dem Wettbewerbsprinzip aufgebauten Wirtschaftsordnung, indem sie wettbewerbsbeschränkende Praktiken durch administrative Anordnungen oder durch gerichtliche Klagen im Zivil- oder Strafverfahren bekämpfen. So sind es vor allem auch die Fälle, in denen die Vereinigten Staaten als Kläger auftreten, die das Antitrustrecht seit der Verabschiedung des Sherman Act im Jahre 1890[1] geformt haben. Klagen wie die gegen die Standard Oil Company of New Jersey, die Aluminium Company of America, gegen Paramount Pictures, Socony Vacuum Oil Company und in neuester Zeit wieder gegen E.I. du Pont de Nemours sind es, die bestimmend die einzigartige und in keinem anderen Industrieland auch nur annähernd erreichte Bedeutung des amerikanischen Antitrustrechts begründet haben.

I. Die Formen verbotener Absprachen

Von diesen wenigen, willkürlich ausgewählten "landmark cases" befassen sich allein drei[2] mit den Folgen unerlaubter Absprachen im Wettbewerb, während die übrigen Entscheidungen aus dem Problemkreis der Monopolbildung und -ausnützung stammen. Nach amerikanischem Recht sind Absprachen jeder Art, die den Geschäfts- oder Handelsverkehr im zwischenstaatlichen Bereich des amerikanischen Bundesstaates oder im Warenaustausch mit dem Ausland beschränken, gesetzwidrig und als solche verboten. Dies ist grundlegend in Sec. 1 des für die gesamte Antitrustbekämpfung fundamentalen Sherman Act bestimmt. Beim Vergleich mit dem deutschen GWB fällt dabei insbesondere auf, daß diese Grundnorm

---

1) 26 Stat. 209; 15 U.S.C. 1-7 (1890).

2) Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S., 221 U.S. 1 (1911); U.S. v. Socony Vacuum Oil Co. Inc., 310 U.S. 150 (1940); U.S. v. Paramount Pictures, 334 U.S. 131 (1948).

eine Unterscheidung in Kartell- und sonstige Verträge nicht kennt. Zwar sind später in ergänzenden Gesetzen[3] die Voraussetzungen und Ausnahmemöglichkeiten einzelner wettbewerbsbeschränkender Absprachen genauer gefaßt worden, doch ist Sec. 1 Sherman Act nach wie vor die sie alle umfassende Verbotsnorm geblieben. Für die bloßen Kartellabsprachen gilt ohne spätere Ergänzungen Sec. 1 Sherman Act im ursprünglichen Wortlaut fort. Danach sind alle Absprachen horizontaler Art grundsätzlich verboten. Die seit dem Standard Oil Fall im Jahre 1911 stetig fortentwickelte und verfeinerte "rule of reason" räumte zwar den Gerichten eine beschränkte Ermessensfreiheit ein, in deren Grenzen sie bestimmen konnten, ob bestimmte Vereinbarungen noch einen beachtenswerten Einfluß auf die Wettbewerbsverhältnisse hatten, oder unter den besonderen Marktverhältnissen als förderlich angesehen werden konnte, ohne daß dadurch überwiegende öffentliche Belange unverhältnismäßig beeinträchtigt wurden; sie blieb aber u.a. für den Bereich der horizontalen Preisabsprachen unanwendbar. Während die "rule of reason" Raum läßt, eine Absprache mit wettbewerbsbeschränkendem Inhalt, die einem übergeordneten Vertragsziel untergeordnet und ohne bedeutsame wettbewerbsbeschränkende Auswirkung ist, als zulässig anzusehen, besteht für horizontale Preisabsprachen und eine Reihe ähnlicher, unmittelbar auf Beeinträchtigung des Wettbewerbs gerichteter Verträge die unwiderlegbare Vermutung für schädliche und dem öffentlichen Interesse abträgliche Auswirkungen auf den Wettbewerb.

Nach dieser als "per se rule" geläufigen Beweisregel sind Preisabsprachen aller Art[4], Vereinbarungen zur Produktions- und Absatzteilung[5], sowie Geschäfts- und Gebietsaufteilungsabsprachen[6] ohne Ausnahme gesetzwidrig. Damit ist ohne eine zusätzliche Untersuchung der Gesetzmäßigkeit anderer Formen einer vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung[7] in der generellen Unwirksamkeit horizontaler Preisabsprachen eine gemeinsame und ausreichende Basis für die rechtsvergleichende Studie gegeben.

---

3) Die wichtigsten dieser Gesetze sind: Federal Trade Commission Act, 38 Stat. 717 (1914); Clayton Act, 38 Stat. 730 (1914); Robinson Patman Act, 49 Stat. 1526 (1936); Miller-Tydings Act, 50 Stat. 693 (1937); McGuire Act, 66 Stat. 632 (1952).

4) U.S. v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927); U.S. v. Masonite Corp., 316 U.S. 265 (1942); U.S. v. McKesson & Robbins Inc., 351 U.S. 305 (1956).

5) U.S. v. Socony Vacuum Oil Co., vgl. Anm. 2).

6) U.S. v. Addiston Pipe and Steel Co., 175 U.S. 211 (1899); Timken Roller Bearing Co. v. U.S., 341 U.S. 593 (1951).

7) Vgl. dazu die Zusammenfassung in Att. Gen. Rep. S. 12-42; Neale, Part. I, Chap. I-III.

II. Organe und Mittel der Antitrustverfolgung

Ein sinnvoller Vergleich möglicher Rechtsbehelfe zur privaten Selbsthilfe gegen solche unerlaubten Absprachen erfordert wenigstens einen gedrängten Überblick über das zur Erreichung der gesetzlichen Ziele geschaffene System der Rechtsverfolgung mit seinen verschiedenen Organen und Klagemöglichkeiten im amerikanischen Recht.

1. Antitrustpolitik durch staatliche Behörden

In den Vereinigten Staaten teilen sich auf Bundesebene zwei Behörden in die Aufgaben der Antitrustverwaltung und -verfolgung. Diese beiden staatlichen Organe sind die Antitrustabteilung des Bundesjustizministeriums und die als unabhängige Verwaltungskörperschaft geschaffene Federal Trade Commission, deren Doppelfunktion als verfolgende und entscheidende Behörde oftmals verwirrend ist. Beide Organe sind auf vielen Gebieten nebeneinander zuständig[8], was zumindest so lange nicht ohne Nachteil für die Konformität des Vorgehens und der bundesstaatlichen Antitrustpolitik überhaupt gewesen ist, als sich beide Behörden nicht auf ein abgestimmtes Vorgehen und bestmögliche Zusammenarbeit einigen konnten[9].

Ein Versuch, die Aufgabenbereiche beider Behörden abzugrenzen, führt zur folgenden, oftmals unscharfen Trennungslinie: Das Justizministerium befaßt sich durch seine Antitrust Division in erster Linie mit folgenschweren Verletzungen des Sherman Act und mit wettbewerbsschädlichen Konzentrationsbestrebungen nach Sec. 7 des Clayton Act. Die FTC dagegen übt mehr die Rolle einer Wettbewerbspolizei aus und verfolgt unlautere Wettbewerbsmethoden nach Sec. 5 FTC-Act, worunter heute bei der aufgeschlosseneren Haltung des U.S.-Supreme Court auch Sherman Act Verletzungen verstanden werden können[10], sowie wettbewerbsstörende Praktiken wie Diskriminierungen, Ausschließlichkeits- und Koppelungsgeschäfte nach Secs. 2 und 3 Clayton Act. Diese Beschränkung der FTC

---

8) Vgl. dazu die Übersicht in Att.Gen.Rep. S. 374.

9) Die Schwierigkeiten wurden deutlich in FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683 (1948), als während dieses Verfahrens auch das Justizministerium von sich aus noch eine Unterlassungsklage anhängig machte, sodaß mit denselben Beweismitteln und zu denselben Fragen ein Doppelverfahren durchzuführen war. Die spätere Kooperation geht auf ein "Memorandum of Agreement" vom Juni 1948 zurück; zu seinem Inhalt vgl. Att.Gen.Rep. S. 376 und 14 A.B.A. 79 ff.

10) FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683 (1948).

auf die wettbewerbspolizeilichen Aufgaben im Vergleich zu denen der Antitrust Division, die sich zum Kontrast als wettbewerbspolitisch bezeichnen lassen, entspricht der mit dem Aufbau der FTC im Jahre 1914 verfolgten Zielsetzung. Der zu allgemein gehaltene Sherman Act war bis dahin nicht ausreichend gewesen, um eine wirksame Antitrustpolitik in Gang zu bringen. Dem sollten die neuen Gesetze des Jahres 1914 abhelfen; der Clayton Act, indem er einzelne unerlaubte Wettbewerbsmaßnahmen besonders herausstellte und der Federal Trade Commission Act, indem er einer Kommission Mittel und Rechte gewährte, insbesondere dort einzugreifen und Abhilfe zu schaffen, wo die an starre Rechtsfolgen gebundenen Gerichte außerstande sind, den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ausreichend Rechnung zu tragen[11].

Die Mittel, die beiden Behörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben zugestanden sind, sind recht verschieden. Zunächst sind allerdings beide auf die Mithilfe der Öffentlichkeit angewiesen, um durch Hinweise und Beschwerden auf mögliche Verletzungen aufmerksam zu werden. Danach unterscheiden sich aber bereits die weiteren Kompetenzen zur Erforschung des Sachverhalts. Die Antitrust Division kann entweder die Bundeskriminalpolizei (FBI) zu Hilfe nehmen, oder für den Fall, daß sich die Beschuldigten einer solchen Untersuchung nicht freiwillig unterwerfen, einen Untersuchungsausschuß (Grand Jury) einberufen, der sich durch Strafgewalt (subpoena power) die nötigen Informationen erzwingen kann. Reichen diese dann für die Annahme einer Verletzung aus, so bleibt der Antitrust Division die Wahl, ob sie den Fall im Zivil- oder im Strafverfahren weiterverfolgen soll. Die Entscheidung darüber wird weitgehend davon abhängen, welche Art von Verletzung vorliegt und was mit dem jeweiligen Verfahren erreicht werden soll[12].

Mit den Zivilklagen im Equity-Verfahren kann den besonderen Umständen des Einzelfalles am besten Rechnung getragen werden. Der Richter ist hier nicht an starre, im Gesetz vorgesehene Rechtsfolgen gebunden, sondern zu Ermessensentscheidungen bezüglich der Rechtsfolgen ermächtigt, die eine weitestgehende Berücksichtigung der mit der Klage angestrebten Ziele unter gerechter Abwägung entgegenstehender Interessen ermöglichen[13]. Für Antitrustklagen ist dies von großer Bedeutung, weil dadurch die Chance besteht, durch eine entsprechende gerichtliche Anordnung unmittelbar auf eine Verbesserung der Wettbewerbssituation hinwirken zu können, und das unbefriedigende Ergebnis vermieden werden kann,

---

11) Dies entsprach der Vorstellung des zur Zeit der Verabschiedung regierenden Präsidenten Wilson; vgl. seine Stellungnahme in 51 Cong.Rec. 1963 (1914).

12) Vgl. für die folgende Übersicht die Darstellung bei Neale, Chap. XII, S. 364 ff.

13) Zum Wesen der Equity Klagen vgl. McClintock, On Equity, Hornbook Series, 1948, insbesondere Kapitel 3, S. 46 ff.

daß sich die Sanktionen für unerlaubte Wettbewerbsbeschränkungen nur jeweils auf zurückliegende Tatbestände beziehen können. Dies kann u.a. durch Urteile auf Unterlassung einer bestimmten Praktik, auf Auflösung von Monopolen oder marktb herrschenden Verbindungen und auf Erteilung von Zwangslizenzen bei Patentmißbrauch erreicht werden.

Strafklagen dagegen sollen vor allem in den Fällen zu einer Sühne des Beschuldigten führen, in denen mit Unterlassungsurteilen kein weiterer Effekt erzielt werden könnte, als ohnedies durch die gesetzlichen Verbote selbst erreicht ist. Sie sind besonders bei unerlaubten Absprachen gebräuchlich und bei sonstigen Verletzungen des Sherman Act, die die Absicht zur Wettbewerbsbeschränkung deutlich erkennen lassen[14]. Als Strafen sind Geldstrafen bis zu $ 50.000.-- und Gefängnis bis zu einem Jahr vorgesehen. Daneben können auch gleichzeitig nach freiem Ermessen der verfolgenden Behörde beide Verfahren in Gang gesetzt werden, ohne daß sich aus dieser Parallelität besondere Folgen oder Hindernisse ergeben müßten.

Ist dem Beschuldigten daran gelegen, ein Beweisverfahren wegen dessen geschäftsschädigender Wirkung und wegen der zusätzlichen Gefahr, daß durch das Be kanntwerden der Verstöße weitere Verfahren angeregt werden könnten, zu vermei den, so hat er die Möglichkeit, sich im Strafverfahren durch ein Nichtbestreiten (plea of nolo contendere) der sofortigen Bestrafung zu unterwerfen. Im Zivilverfahren kann der gleiche Erfolg durch sofortige Bereitschaft zum gerichtlichen Vergleich (consent decree) erreicht werden. Beide Formen vorzeitiger Verfahrensbeendigung nehmen nachfolgenden Privatklägern die Möglichkeit, sich auf den von Regierungsseite erbrachten Beweis einer Antitrustverletzung zu berufen.

Schließlich kann die Antitrustabteilung im Namen der Vereinigten Staaten selbst auch eine Schadensersatzklage einbringen, die sich nach der Gesetzesänderung von 1955[15] auf einfachen Ersatz des bei fiskalischer Tätigkeit entstandenen Schadens richtet.

Die FTC nimmt demgegenüber weit eher die eigentlichen Aufgaben einer Ver waltungsbehörde wahr. An der Spitze eines während der letzten Jahre mehrfach umorganisierten Verwaltungsapparats[16] mit heute nahezu 1000 Beschäftigten ste-

---

14) Att. Gen. Rep S. 350.

15) Public Law 137, 84th Congress, Chap. 283, 1st Session, H.R., 4954.

16) Dazu Kintner, The Revitalized Federal Trade Commission, A Two Year Evaluation, 30 N.Y.U.L. Rev. 1143 (1955) und sein Nachfolger auf dem Posten des Vorsitzenden der Kommission Dixon, Recent Changes in Organizatio and Procedure of the Federal Trade Commission, 19 A.B.A. 252 (1961).

hen 5 vom Präsidenten der Vereinigten Staaten ernannte Kommissare, die für ihre Arbeit an Weisungen weder der Regierung noch des Kongresses gebunden sind. Verschiedene Fachgruppen bilden das organisatorische Rückgrat dieser in jüngster Zeit sehr stark gewachsenen Behörde[17]. Eine dieser Abteilungen ist ausschließlich für den Problemkreis der Wettbewerbsbeschränkungen zuständig. Hier spielt sich insbesondere die Ermittlungstätigkeit ab, zu der der FTC im Gesetz ausdrückliche Kompetenzen eingeräumt sind[18]. Ergibt sich dabei genügender Anhalt, daß eine Gesetzesverletzung vorgelegen hat, so kann die FTC, wenn ihr dies nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der öffentlichen Belange angemessen erscheint, eine formelle Beschwerde (formal complaint) abfassen. Über diese wird dann vor einem sogenannten Hearing Examiner verhandelt, der in erster Instanz tätig wird. Sein Beschluß enthält eine Sachverhaltsdarstellung und für den Fall der Begründetheit der Beschwerde auch bereits die entsprechende Verfügung (cease and desist order). Gegen diese Verfügung kann dann im Rechtsmittelverfahren die Kommission selbst angerufen werden. Bestätigt diese die Verfügung, so entspricht ihre Entscheidung einem erstinstanzlichen Urteil im Zivilverfahren. Sie kann dann noch im Gerichtsweg auf fehlerhafte Rechtsanwendung überprüft werden, wobei die unvermeidlichen Schwierigkeiten entstehen, was als freier Ermessens- und was als allein nachprüfbarer Rechtsbegriff angesehen werden kann[19]

Ähnlich wie die Antitrust Abteilung kann auch die FTC zu einem vergleichsweisen Verfahrensabschluß gelangen, der nur statt mit einem consent decree mit einer in der Wirkung gleichen consent order erreicht wird.

Eine noch weniger formelle Art einverständlicher Bereinigung von Wettbewerbsverletzungen, von der vor allem bei mißbräuchlicher Werbung häufig Gebrauch gemacht wird, ermöglichen die Einigungsverfahren (stipulation proceedings), in denen sich die Parteien zur Aufgabe bestimmter Praktiken verpflichten. Sie helfen vor allem bei minder bedeutenden Verfahren zu einer schnellen und meist effektvollen Beilegung von Wettbewerbsstreitigkeiten.

Schließlich ist noch die Initiative der FTC bei der Abfassung von Wettbewerbs-

---

17) Die neueste Zusammenstellung über Organisation, Abhängigkeit und Funktionsweise der FTC findet sich als Note: The Federal Trade Commission and Reform of the Administrative Process in 62 Col. L. Rev. 671 (1962).

18) Sec. 6 FTC Act; vgl. Note: Investigatory Powers of the Federal Trade Commission, 53 NwU. L. Rev. 109 (1958).

19) Allgemein: Mc Farland, Judicial Control of the Federal Trade Commission and the Interstate Commerce Commission (1933); das Problem wird besonders deutlich durch die Gegenüberstellung der Entscheidung von Justice Mc Reynolds und der "dissenting opinion" von Justice Brandeis in FTC v. Gratz, 253 U.S. 421, 40 S.Ct. 572 (1920).

regeln (Trade Practice Conferences) zu erwähnen, in denen von den Mitgliedern bestimmter Branchen oder spezieller Industriezweige Formen unerlaubten Geschäftsgebahrens übereinstimmend festgelegt und als solche gebrandmarkt werden[20].

2. Antitrustverfolgung durch private Kläger

Neben dieser Antitrustbekämpfung von Staats wegen ist Privatklägern mit dem Anspruch auf dreifachen Ersatz des durch die verbotene Maßnahme verursachten Schadens ein zusätzliches Mittel zur Antitrustverfolgung und eine Möglichkeit des Selbstschutzes gegeben. Drohendem Schaden können sie ferner durch Geltendmachung einer Unterlassungsklage entgegenzuwirken versuchen. Für beide Klagen sind, soweit das an Bedeutung bei weitem überwiegende Bundesrecht in Frage steht, die Bundesgerichte ausschließlich zuständig. Sowohl vor den Bundes- als auch vor den Einzelstaatsgerichten kann dagegen als dritte Möglichkeit privaten Rechtsschutzes die Einrede gegenüber Ansprüchen geltend gemacht werden, die aus Verträgen, die zu den Antitrustgesetzen in Widerspruch stehen, erhoben werden.

Die Durchschlagskraft dieser Privatklagen ist allerdings durch zwei Umstände eingeschränkt. Erstens machen es Informations- und Beweisschwierigkeiten dem Kläger sehr schwer, vor Gericht einen genügend überzeugenden Beweis für Wettbewerbsverstöße der Marktpartner zu erbringen. Zweitens darf aber auch nicht übersehen werden, daß Privatklagen als Mittel im Wirtschaftskampf stets unter der Bedrohung wirtschaftlicher Vergeltungsmaßnahmen der vielfach mächtigeren Klagegegner stehen. Gerade dies kann von privater Klageinitiative abschrecken.

Trotz dieser Beschränkung bleibt aber für den einzelnen Wettbewerber, Lieferanten oder Kunden noch immer ein weites und bedeutungsvolles Betätigungsfeld. Er kann sich einmal selbst gegen nachteilige Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen schützen und damit zweitens einen systementsprechenden Beitrag zur Aufrechterhaltung der Wettbewerbsordnung leisten.

---

20) Vgl. dazu: Comment: Trade Rules and Trade Conferences: The FTC and Business Attack Deceptive Practices, Unfair Competition, and Antitrust Violations, 62 Yale L.J. 912 (1953).

§ 2 ÜBERBLICK ÜBER DIE ENTWICKLUNG UND BEDEUTUNG PRIVATEN RECHTSSCHUTZES

I. Förderung von Einzelinitiative

Erst in neuerer Zeit, deren Beginn etwa mit der Entscheidung im Paramount Pictures Fall im Jahre 1948 zusammenfällt, haben die Privatklagen wieder zunehmendes Interesse gefunden. Dabei fällt diese neue Einstellung in eine Zeit, die sich darum bemühen muß, mittlere und kleine Betriebe auf jede mögliche Art gegen die Expansion von Industriegiganten zu schützen. Privater Rechtsschutz bietet sich dazu als eine der gegebenen Möglichkeiten an. So erhält gerade auch von Regierungsseite der Privatkläger immer wieder ermunternden Zuspruch[1], wobei vor allem auf seine besondere Eignung, obsiegenden Urteilen der Regierung in ihrer weitverzweigten Auswirkung zur Durchsetzung zu verhelfen, größter Wert gelegt wird. Diese Tendenz, Interesse und Stellung des Privatklägers zu steigern und zu verbessern, läßt sich seit der Ergänzung des Sherman Act durch den Clayton Act[2] im Jahre 1914 anhaltend aufzeigen. Während § 4 Clayton Act die bereits in § 7 Sherman Act vorgesehene Klage auf dreifachen Schadensersatz nur wieder übernahm, brachte § 5 Clayton Act dadurch eine ganz bedeutende Verbesserung der Klageaussichten des Privatklägers, daß dieser sich jetzt zum andernfalls sehr schwierigen und kostspieligen Nachweis, daß der Beklagte sich einer Gesetzesverletzung schuldig gemacht hatte, auf eine von der Regierung angestrengte und erreichte Verurteilung des Beklagten berufen konnte. Obwohl ihm damit nur ein Teil seiner Beweisbürden abgenommen war, läßt sich darin doch ein Bemühen sehen, seine Klagemöglichkeiten weitestgehend zu verbessern, was dann auch, wie sich heute rückblickend sagen läßt, für die weitere Entwicklung der Schadensersatzklage von allergrößter Bedeutung wurde[3]

---

1) Att. Gen. Rep S. 380.

2) 26 Stat. 209; 15 U.S.C. 1-7 (1890); 38 Stat. 730; 15 U.S.C. 12 ff (1914).

3) Im Jahre 1959 beschrieb Robert A. Bicks, gestützt auf seine Erfahrungen als damaliger Leiter der Antitrustbehörde, diese Beziehung wie folgt: Eine im Jahre 1952 eingeleitete Untersuchung zeigte, daß alle Privatklagen in der Filmindustrie und ungefähr zwei Drittel aller anderen Schadensersatzklagen auf erfolgreiche Regierungsprozesse folgten. Zu dieser Zeit machten die Film-Klagen mehr als 25 % aller Privatklagen aus, was den Prozentsatz der Privatklagen, die sich auf das Vorgehen der Regierung stützten, auf etwa 90 % anhebt. Seither mag dieser Satz etwas zurückgegangen sein, wird aber immer noch zwischen 76 % und 78 % angesetzt werden müssen (Bicks, The Department of Justice and Private Treble Damage Action, IV Antitrust Bull. 5 (1959)).

Zunehmend großzügigere Gerichtsentscheidungen, parlamentarische Untersuchungen und Empfehlungen[4] und stetig wachsendes Interesse im wissenschaftlichen Schrifttum [5] spiegeln seither die die Bedeutung der Privatklagen steigernde Entwicklung. Diese Tendenz hat unter der augenblicklichen Regierung des demokratischen Präsidenten Kennedy einen besonderen Exponenten gefunden. Judge Loevinger, Assistant Attorney General und Leiter der Antitrust Abteilung, ist wohl derjenige, der die private Rechtsverfolgung auf diesem Gebiet am nachdrücklichsten begrüßt und gefördert hat. Seine Meinung, daß Privatklagen sowohl erstrebenswerter als auch erfolgversprechender als Klagen durch die Regierung sind, stützt sich auf seine Erfahrungen als Anwalt für mittlere und kleine Betriebe die sich Antitrustverletzungen ausgesetzt sahen. Er faßte diese Überzeugung in vier Gesichtspunkten zusammen [6]:

1. Der Privatkläger hat persönliches Eigeninteresse und ist über die zwischenparteilichen Beziehungen am besten unterrichtet.

2. Private Rechtsdurchsetzung entspricht den Grundprinzipien des Common Law weit eher als solche durch die öffentliche Hand.

3. Nur Privatklagen sind geeignet, mögliche schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsverstößen wieder auszugleichen und dem Verletzten entsprechenden Ersatz zu verschaffen.

4. Einer Vielzahl möglicher Privatklagen kann eine größere abschreckende Wirkung zukommen.

Diese Würdigung übersieht nicht, daß sich privater Rechtsverfolgung auch sehr

---

4) a) The Role of Private Antitrust Enforcement in Protecting Small Business, Hearings before a Subcommittee of the Select Committee on Small Business, U.S. Senate 85th Congr. 2nd Sess., March 3-4, 1958 mit Stellungnahmen von Loevinger, Arnold und Hansen.
   b) Congress and the Monopoly Problem, Fiftysix Years of Antitrust Development No. 240, 84th Congr. 1956.
   c) Law Enforcement Activities Affecting Small Business, Report of Subcommitte No. 1 to the Select Committee on Small Business H.R. 85th Congr. 2nd Sess., Jan. 3, 1959.

5) Loevinger, Treble Damage Litigation and the Small Business Man, 16 A.B. 106 (1960); Daniel, Enforcement of the Sherman Act by Actions for Treble Damages, 34 Va. L. Rev. 901 (1948) sollen hier nur beispielsweise aufgeführt werden.

6) Loevinger, Private Action - The Strongest Pillar of Antitrust, 3 Antitrust Bull. 167 (1958); Loevinger in Hearings before Small Business Committee,

große tatsächliche Schwierigkeiten entgegenstellen[7] und daß nur eine vernünftige Verbindung mit den staatlichen Bestrebungen der am Allgemein- wie am Einzelinteresse[8] ausgerichteten Antitrustpolitik gerecht werden kann.

Auch die Entscheidungen des obersten amerikanischen Gerichts lassen sich in dieses Bild einer zunehmenden Bedeutung der Privatklagen einordnen. Eine anfangs sehr konservative Haltung, die die Privatkläger meist auf die Verliererstraße brachte, ist inzwischen einer weit aufgeschlosseneren Haltung gewichen, die in Fällen wie Bigelow v.R.K.O. und Radovich v. National Football League[9] durch die Großzügigkeit bei der Bestimmung des öffentlichen Interesses und der Beweisanforderungen deutlichen Ausdruck gefunden hat.

II. Bedeutung von Vertragseinwand und Schadensersatzklage

Diese den Privatkläger begünstigende Entwicklung hat sich im wesentlichen, oder genauer gesagt, fast ausschließlich auf dem Gebiet des Schadensersatzrechtes vollzogen. So ist es auch zu erklären, daß unter dem Begriff "private antitrust enforcement" in fast allen Untersuchungen stillschweigend die Rechtsverfolgung auf dem Weg über die Schadensersatzklage verstanden wurde[10]. Der nächstliegende Grund dafür ist, daß das rechtspolitische Problem, inwieweit private Rechtsdurchsetzung gefördert werden sollte, stets im Zusammenhang mit Fragen der Interpretation und Vervollkommnung des im Sherman Act als alleiniges privates Rechtsmittel vorgesehenen dreifachen Schadensersatzanspruches zur Debatte stand. Demgegenüber rückte die weitere Frage, inwieweit etwa durch eine Erweiterung der Politik der Rechtsschutzverweigerung zur Durchsetzung freien Wettbewerbs beigetragen werden könnte, verhältnismäßig sehr stark in den Hintergrund.

---

zitiert in Am. 4, auf S. 528.

7) Loevinger verweist dabei vor allem auf die hohen Beweis- und Kostenanforderungen, sowie auf die lange Dauer der Verfahren.

8) Loevinger, Antitrust, Economics and Politics, 1 Antitrust Bull. 225 (1955), Kessler-Stern, Competition, Contract and Vertical Integration, 69 Yale L.J. 22 (1959).

9) Bigelow v. RKO Radio Pictures, 327 U.S. 251 (1946); Radovich v. National Football League, 352 U.S. 445 (1957).

10) Dies wird vor allem in der Untersuchung von Forkosch, Antitrust and the Consumer (1956), deutlich. Außerdem in Note: Antitrust Enforcement by Private Parties, 61 Yale L.J. 1010 (1952).

Dies überrascht schon deswegen, weil vor Inkrafttreten des Sherman Act im Common Law sich der Kampf gegen "restraint of trade" ausschließlich auf die "unenforceability" solcher beschränkender Verträge stützte[11]). Bereits vor Verabschiedung des Sherman Act war jedoch offenbar geworden, daß eine alternativ beschränkte, wenig anpassungsfähige Regelung, die Vertragsabsprachen entweder vollen Rechtsschutz verlieh oder diesen gänzlich versagte, in einem verfeinerten System zur Verfolgung von Wettbewerbsverstößen nicht mehr genügen konnte. Es wurde offenbar, daß ohne eine Möglichkeit, die Schwere des Verstoßes im Urteilsspruch zum Ausdruck zu bringen, solcher Schematismus zu Ungerechtigkeiten führen mußte. Vor allem aus diesem Grund wurde dem flexibleren Schadensersatzanspruch bereits seit den frühesten gesetzlichen Beratungen das bei weitem größere Interesse entgegengebracht[12]). Dazu kam, daß ein Schadensersatzanspruch dem Geschädigten in der Klägerrolle ganz andere Möglichkeiten zur Entwicklung eigener Initiative bot, als dies für Fälle zutraf, in denen er sich in der Beklagtenposition gegen Vertragsansprüche mit dem Nichtigkeitseinwand zu wehren suchte.

§ 3 UNDURCHSETZBARE EINZELVERTRÄGE

I. Allgemeines

1. Beurteilung des Vertragseinwandes beim Erlaß des Sherman Act

Nach einer solchen rechtspolitischen Einleitung stand zu erwarten, daß Gerichte zurückhaltend sein würden, "illegality defenses" anzuerkennen, die allein darauf gestützt waren, daß ein Partner in einem Vertrag zwischen Kartellbeteiligtem und Drittem sich eines Wettbewerbsverstoßes schuldig gemacht habe. Bereits die Gesetzgeber zu Ende des letzten Jahrhunderts konnten sich nicht zu einer ausdrücklichen Anerkennung eines solchen Einwandes entschließen und schoben die Entscheidung dieser zwiespältigen Frage auf die Gerichte ab. Der Umstand,

---

11) Handler, A Study of the Construction and the Enforcement of the Federal Antitrust Laws, U.S.T.N.E.C. Studie Nr. 38 (1942), S.4; Neale, The Antitrust Laws of the U.S. (1960), S. 27

12) Hale and Hale, Market Power: Size and Shape under the Sherman Act, (1958), § 10.7, S. 382.

daß der Sherman Act als wettbewerbsrechtliches Grundgesetz neben den Straf- und Zivilklagen der Regierung, einem Verfallanspruch und der Schadensersatzklage den Nichtigkeitseinwand gegen Vertragsansprüche nicht einmal erwähnte, darf darum weder als dessen generelle Ablehnung gelesen, noch andererseits als bloße Vergeßlichkeit gewertet werden[1]. Ein Drittel aller Gesetzesanträge, die zusammen mit dem Sherman-Entwurf eingebracht worden waren, enthielten Bestimmungen, die solche Einwände ermöglichten, und zwei davon sahen ausdrücklich vor, daß, wer immer von einem Verletzer der Antitrustgesetze Waren kaufe, für deren Kaufpreis nicht einzustehen habe[2]. Selbst der ursprüngliche Antrag von Senator Sherman enthielt eine Bestimmung, wonach der Käufer einer durch Antitrustverletzungen verteuerten Ware, deren vollen Kaufpreis zurückverlangen konnte[3]. Keiner dieser Anträge fand jedoch die Billigung im Kongreß, der sich vielmehr auf eine vernünftige Lösung dieses Problems durch die Gerichte unter der alten Common Law Regel der "unenforceability" verlassen zu können glaubte[4].

Immerhin erscheint es erwähnenswert, daß in der Zeit unmittelbar nach 1890 in verschiedenen Gesetzen der Einzelstaaten ein solch durchgreifender Verteidigungseinwand vorgesehen wurde[5]. Aber selbst diese Entwicklung verhalf Bemühungen, auch auf Bundesebene noch eine entsprechende Bestimmung durchzusetzen, nicht zum Erfolg. Selbst als der Clayton Act die bis dahin weitestgehende Berücksichtigung von Privatinteressen bewirkte, hatte ein solcher Einwand nie eine Chance, gesetzlich verankert zu werden[6].

---

1) Lockhart, Violation of the Antitrust Laws as a Defense in Civil Actions, 31 Minn.L.Rev. 507, 508 (1947).

2) Bills and Debates in Congress Relating to Trusts, 57th Congr. 2nd Sess., Sen.Doc. No. 147 (1903).

3) In Section 2 paral seines Gesetzantrages, abgedruckt in 21 Congr.Rec. 1765 (1889).

4) Für eine kurzgefaßte Darstellung des Gesetzgebungsverlaufs vgl. Lockhart, a.a.O., S. 509, Anm. 13.

5) Allerdings, abgesehen von Illinois in den wirtschaftlich unbedeutenderen Staaten Iowa, Montana, New Mexico und Oklahoma (vgl. dazu Lockhart, a.a.O., S. 509, Anm. 17).

6) Die einzige bundesrechtliche Vorschrift, die bis heute solche Bemühungen wiederspiegelt, ist im Lanham Trade Mark Act von 1946 (60 Stat. 427; 15 U.S.C. 1051 (1946)) zu finden, wo in § 33 (7) vorgesehen ist, daß der Kläger, der wegen einer Verletzung seines Warenzeichens klagt, das er in einer Weise gebraucht, die gegen die Antitrustgesetze verstößt, dadurch wieder die durch das Gesetz bestimmte Unbestreitbarkeit seines Warenzeichenrechts verliert.

Die Verweisung der generellen Frage in die elastischeren Bereiche des überkommenen Common Law brachte diese jedoch einer Lösung nicht näher. Ganz im Gegenteil ließ sich jetzt mit einiger Berechtigung argumentieren, daß sich der Gesetzgeber, der sich zu einer bundesstaatlichen Regelung der Problemkreise, die zuvor dem Fallrecht und der "unenforceability rule" überlassen waren, gezwungen sah und dabei auch eine genauere und weiterreichende gesetzliche Fassung der verbotenen und damit rechtswidrigen Tatbestände geschaffen hatte, Einwände anderer Art bewußt ausgeschlossen hatte. Das Common Law hatte seit seinen frühesten Entscheidungen[7] stets Verträgen , die eine Wettbewerbsbeschränkung oder eine Monopolstellung begründeten, die Rechtsanerkennung versagt, was nur Auswirkung der allgemeineren Regel war, wonach die Gerichte generell zur Vertragsdurchsetzung dann ihre Hilfe versagten, wenn sie dadurch ungesetzlichen oder dem öffentlichen Wohl zuwiderlaufenden Zwecken Vorschub leisteten[8]. Dabei war über die Rechtsschutzverweigerung gegenüber wettbewerbsbeschränkenden Verträgen mehr unter dem Gesichtspunkt der "public policy" als unter dem der "statutory illegality" zu entscheiden. Daher läßt sich für unseren Tatbestand auch eine feststehende Rechtsprechung aus der Zeit vor Inkrafttreten des Sherman Act nicht bestimmen. Der Erfolg des auf den Umstand gegründeten Einwandes, daß sich der Kläger eines Wettbewerbsverstoßes schuldig gemacht hatte, wurde weniger durch Rechtsprinzipien, als durch die Beurteilung der praktischen Auswirkungen für das öffentliche Wohl im Einzelfall bestimmt[9].

Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber den Gerichten ein Problem überlassen hatte, das bisher im Common Law auch keine einheitliche Regelung gefunden hatte. Folglich muß sich der Schluß aufdrängen, daß er auch weiterhin von den Gerichten eine Würdigung der Einzelfälle erwartete, die deren Sonderumständen ausreichend Rechnung tragen konnte[10]. Das Fehlen jeglicher rechtlicher Grundsätze, an deren Stelle dann ausfüllungsbedürftige Ausdrücke wie "collateral" und "inherent" über Erfolg oder Mißerfolg des Undurchsetzbarkeitseinwandes Dritter gegen die Klagen ihrer kartellbeteiligten Vertragspartner entschieden, spiegelt sich in der mit dem Jahr 1902 beginnenden Kette von Entscheidungen wieder. Ob-

---

7) Schoolmaster's Case, Y.B. Hen.IV.f.19, pl. 21;
Meat Market Case, Y.B. Hen.VI.f.19, pl. 13;
Dyer's Case, Y.B.2 Hen.V. f. 5, pl. 26.

8) Eine Zusammenfassung und Würdigung dieser Common Law Spruchpraxis findet sich in dem Urteil Apex Hosiery Co. v. Leader, 310 U.S. 469, 497; 60 S.Ct. 982 (1940).

9) Marcus, Civil Rights and the Antitrust Laws, 18 U. Chi.L.Rev. 171, 177 (1950/51) stellt auf die Verkettung an sich erlaubter Mittel mit einem gesetzwidrigen System ab.

10) Lockhart, a.a.O., S. 515.

vohl, entgegen der Meinung vieler Kommentatoren, Fälle, die unterschiedlich :ntschieden wurden, auch hinsichtlich ihres Sachverhaltes unterscheidende Merk- nale aufwiesen, läßt sich doch das Fehlen einer einheitlichen Linie, die diesen :ntscheidungen unter rechtspolitischen Gesichtspunkten zugrundeliegen müßte, ;icht bestreiten.

2. Aufgliederung in drei verschiedene Fallgruppen

Diese Unzulänglichkeit, allein mit Hilfe der Rechtsgrundsätze aus dem Common .aw in einem Bereich Entscheidungen zu treffen, in dem es mehr um die Verfol- ung öffentlicher Interessen als um die Beurteilung widerstreitender Privatinteres- en geht, wurde vor allem in Streitigkeiten aus den folgenden drei Fallgruppen)ffenbar:

. Einwand der "illegality" des Vertrages gegen Leistungsklagen:
Der Käufer, Lizenznehmer o.ä. wandte gegen die Ansprüche des Verkäufers, Lizenzgebers o.ä. ein, daß der als Anspruchgrundlage dienende Vertrag we- gen des verbotenen, wettbewerbswidrigen Verhaltens des Klägers gesetzwidrig und daher vor Gericht undurchsetzbar sei.

:. Einwand der "illegality" gegen Ersatzklagen wegen Kaufvertragsbruches oder wegen Verletzung vertraglich übertragener Rechte wie Patente, Urheberrechte und Warenzeichen:

Der Käufer, der die Ware nicht abgenommen oder der Lizenznehmer, der sich nicht an den Lizenzvertrag gehalten hatte, wandte gegen die Ersatzansprüche des Verkäufers oder des Lizenzgebers ein, daß dieser sich wegen vorausgehen- der Antitrustverstöße nicht auf den zugrundeliegenden Vertrag berufen könne.

. Verteidigungseinwand gegen Schadensersatzklagen deliktischer Natur: Der we- gen einer Antitrustverletzung auf Schadensersatz in Anspruch genommene Be- klagte wandte ein, daß sich der Kläger selbst nicht an die Antitrustgesetze gehalten habe, und daher eine Geltendmachung von Schadensersatzansprü- chen von seiner Seite ausgeschlossen sei.

Die schwierigsten Fälle, die daher besondere Beachtung und ausführlichere Be- andlung verdienen, gehören zur ersten Gruppe. An ihnen entbrennt immer wieder ie Diskussion, sei es in Plädoyers vor Gerichten oder im wissenschaftlichen Schrift- um, während die beiden anderen Fallkategorien, da auf zuverlässigerer Rechts- rundlage basierend, mehr zu Zwecken der Abgrenzung, Übereinstimmung und Ver- leichung von Bedeutung sind.

Praktische Fälle, die der ersten Gruppe einzuordnen sind, machen eine weitere nterscheidung notwendig. Der Nichtigkeitseinwand kann sich nämlich richten ge-

gen:

a) reine Austauschverträge, die selbst keine wettbewerbsbeschränkenden Absprachen enthalten, und

b) Austauschverträge, die ihrerseits wieder mit wettbewerbsbeschränkenden Bedingungen gekoppelt sind.

Bereits ein nur oberflächliches Studium der vor Gericht entschiedenen Fälle und des kommentierenden Schrifttums zeigt, daß vor allem der Mangel, diese letzte Unterscheidung zu treffen, zu der bis heute andauernden Rechtsunsicherheit wesentlich beigetragen hat. Nur wenn man diese Trennungslinie genau im Auge behält, lassen sich die gerichtlichen Entscheidungen, in denen die Ausführungen zur "collateral" bzw. "inherent illegality" und zur "serverability" vielfach verwirrend gebraucht sind, verstehen. Das Problem, ob der Einzelvertrag selbst "inherently illegal" ist, taucht dabei nur in den Fällen der reinen Austauschverträge auf, wogegen die Kernfrage in den Fällen der zweiten Untergruppe dahin geht, ob sich der Vertragsteil, der sich ausschließlich auf die Austauschbeziehungen bezieht, von den gleichfalls zum Vertragsinhalt gewordenen wettbewerbsbeschränkenden Absprachen trennen läßt. Sollte sich diese bejahen lassen, so sehen wir uns in diesen Fällen dann erst in zweiter Linie den gleichen Fragen gegenüber, die in der ersten Untergruppe von Bedeutung sind.

Bei dem folgenden Versuch, die augenblickliche Rechtslage zu analysieren, was sich nicht ohne eine Darstellung der Entwicklung im Fallrecht erreichen läßt[11], werden wir diese grundsätzliche Unterscheidung stets im Auge zu behalten haben.

II. Einwendungen gegen Einzelvertragsansprüche

1. Connolly v. Union Sewer Pipe Co.: die "collateral" Doktrin

Die erste Entscheidung des U.S. Supreme Court, die sich eingehend mit der Frage nach der Auswirkung von Antitrustverstößen eines Vertragspartners auf seine Rechtsbeziehungen mit Dritten befaßte, erging im Jahre 1902. Seit diesem bis

---

11) Eine auf neuesten Stand gebrachte Zusammenfassung findet sich in Note: The Defense of Antitrust Illegality in Contract Actions, 27 U. Chi. L. Rev. 758-776 (1960). Vgl. ferner Lockhart, a.a.O. und Wood, Unenforceable Contracts and Other Consequences, in: The Defense and the Remedies in an Antitrust Proceeding, 5 A.B.A. 159 (1954).

heute noch gültigen Präzedenzurteil in Connolly v. Union Sewer Pipe Co.[12] berufen sich die Beklagten darauf, daß der Wettbewerbsverstoß des Klägers, der den Einzelvertragsbeziehungen vorausging, auch in diesen wieder seinen Ausdruck finde und diese daher "inherently illegal" und damit "unenforceable" mache. Der Kläger versucht, einem solchen Argument dann jeweils mit dem Einwand zu begegnen, daß der Antitrustverstoß mit Bezug auf den Einzelvertrag lediglich "collateral", d.h. nebensächlich, sei und dessen Gültigkeit und Durchsetzbarkeit unberührt lasse.

Connolly hatte der beklagten Union Sewer Pipe Co. Kanalisationsrohre verkauft und bereits geliefert. Gegen den Kaufpreisanspruch des Verkäufers wandte die Beklagte nun ein, daß jener mit noch anderen Röhrenfabrikanten Vereinbarungen getroffen hätte, wonach die Verkaufspreise allgemein über einem angemessenen Marktpreis gehalten werden sollten. Demzufolge, so führte die Beklagte aus, sei auch der sie betreffende Kaufvertrag zustande gekommen. Dieser müsse daher als ebenfalls gegen die Antitrustgesetze verstoßend beurteilt werden und könne vom Gericht weder als bindend anerkannt noch hinsichtlich der darin begründeten Ansprüche durchgesetzt werden.

Der Supreme Court war von einer solchen Argumentation nicht überzeugt. Zwar stellt Justice Harlan in seiner Urteilsbegründung wieder betont heraus, daß das Gericht sich nach wie vor der alten Common Law Regel verbunden fühle und seine Rechtshilfe jeweils dann versage, wenn sein Urteil dazu beitragen würde, einen unerlaubten Zweck zu erreichen[13]. Er fährt dann aber unmittelbar anschließend fort, daß diese Regel im vorliegenden Fall keine Anwendung finden könne, da hier ja nicht die Durchsetzung einer verbotenen Absprache zwischen Wettbewerbern beabsichtigt sei; der Einzelkaufvertrag selbst ließe sich auch ohne Beziehung auf die Kartellzugehörigkeit des Verkäufers erklären und nachweisen, und weder im Common Law noch im Sherman Act selbst seien Bestimmungen zu finden, die Eigentumsübertragungen durch Teilnehmer an verbotenen Absprachen allein schon gesetzwidrig machten. Justice Harlan schließt den vorgebrachten Einwand dann sowohl unter Gesichtspunkten des Common Law als unter Verweis auf die besondere Regelung im Sherman Act mit dem Satz aus, der fast wörtlich immer wieder von auf Vertragserfüllung klagenden Verkäufern zitiert wird: "The contracts between the plaintiff and the respective defendants were, in every sense, collateral to the alleged agreement between the plaintiff and other corporations, firms or associations whereby an illegal combination was formed"[14].

Es könnte nach dieser Darstellung nun allerdings der Eindruck entstehen, daß der

---

12) 184 U.S. 540; 22 S.Ct. 431 (1902).

13) auf S. 549.

14) auf S. 549.

Supreme Court mit dieser Bezeichnung eine ganz neue Terminologie entwickelt habe. Dies trifft nicht zu. Das Gericht konnte seine Begründung auf eine bereits bestehende Lehre, die "collateral contracts" von "inherently illegal contracts" unterschied[15], stützen, und die Bedeutung dieser ersten Entscheidung zu unserem Fragenkreis liegt lediglich darin, daß das Gericht sich von Beginn an für das "collateral" Argument entschied. Dabei war ein solcher Entscheid durch die bisherige Rechtsprechung in Nachbargebieten durchaus nicht vorbestimmt. So ist Lockhart[16] der Meinung, die bereits vorliegenden Fälle hätten leicht unterschieden werden können, wenn das Gericht ein solches Verlangen gehabt hätte; die Zuflucht zur "Collateral Doktrin" sei ein bloßes Manöver gewesen, um dem unerwünschten Nichtigkeitseinwand zu begegnen. Ohne eine verpflichtende Bindung an Präzedenzfälle kann die Entscheidung daher nur mit rechtspolitischen Gründen erklärt werden. Unter Berücksichtigung der untergerichtlichen Entscheidungen, auf die das Urtel verwies, das sonst keinerlei Anhaltspunkte dafür gab, warum es sich für die "Collateral" Lösung entschied[17], können als solche herausgestellt werden:

1. Die Gefahr, daß durch die Anerkennung und Durchsetzung solcher Einzelverträge Antitrustverstößen Vorschub geleistet wird, erschien der weit größeren Gefahr, daß andernfalls der Käufer eine unverdiente Bereicherung erhielte, untergeordnet [18].

---

15) Diese Unterscheidung war zuletzt in dem noch drei Jahre älteren Urteil Mc Mullen v. Hoffman, 174 U.S. 639, 19 S. Ct. 839 (1899) herausgestellt worden. Die Reihe der Fälle, die sich für "merely collateral" entschieden und die zum Urteilszeitpunkt bereits vorlagen, ist bei Lockhart, a.a.O., S. 518 in Fußnote 59 angeführt.
Die generelle Regel lautet, daß ein Gesetzesverstoß eines Vertragspartners dann lediglich "collateral" ist, wenn das Bestehen des Einzelvertrages auch ohne die Beziehung zu dem Gesetzesverstoß nachgewiesen werden kann; vgl. Williston, On Contracts, Bd. 6, § 1753.

16) Lockhart, a.a.O., S. 518.

17) Das völlig unzureichende Argument, das sich lediglich auf die in Fußnote 15) beschriebene Grundregel stützt, schließt die Lücke nicht.

18) In den vorausgehenden Urteil Mc Mullen v. Hoffman (siehe Fn. 15) betont das Gericht allerdings noch den genau umgekehrten Grundsatz. Der Verweis auf Dennehy v. Mc Nulta, 86 Fed. 825 (7th Cir. 1898) deutet jedoch darauf hin, daß das Gericht vor allem vermeiden wollte, daß auch der Vertragspartner, der in voller Kenntnis des Antitrustverstoßes seines Kontrahenten ohne weiteren Zwang sich zu binden bereit war, sich später über den Nichtigkeitseinwand seinen Verpflichtungen entziehen konnte.

2. Es erschien unerwünscht, daß im Falle der Anerkennung eines solchen Einwandes jeder Teilnehmer an einer verbotenen Absprache ohne die Möglichkeit, Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, von einer weiteren Teilnahme am Markt ausgeschlossen wäre[19].

3. Der gesetzlich gewährte Schadensersatzanspruch erschien besser geeignet, um Privatparteien zur Befolgung der Antitrustgesetze anzuhalten.

4. Das Gericht schreckte davor zurück, daß solche Einwände vielfach die einfachsten Kaufpreisklagen ungerechtfertigt erschweren könnten[20], und zahlungsunwilligen Käufern eine ungebührende Verzögerungstaktik möglich mache. Darüber hinaus wären damit die Untergerichte der Einzelstaaten mit Entscheidungen befaßt, die sonst nur in die Zuständigkeit von Bundesgerichten fielen[21].

Vor allem der erste der angeführten Gründe scheint bereits in diesem frühen Stadium der Rechtsentwicklung für das Gericht von besonderer Bedeutung gewesen zu sein, was wir besonders hervorheben, da gerade dieses Argument die Unterscheidung in Fälle bedingt hat, wie sie sich vor und nach der Erfüllung des vertraglichen Versprechens des Absprachepartners ergaben.

---

19) National Distillers v. Cream City Importing Co., 56 Nw.Rep 864, gibt dieser Befürchtung Ausdruck. Vgl. dazu ferner: The Supreme Court, 1958 Term, 73 Harv.L.Rev. 203, 205 (1959).

20) Eine Zusammenstellung der diesen Gesichtspunkt besonders betonenden Fälle findet sich bei Wood, a.a.O., S. 165. Es bleibt jedoch immerhin zu bedenken, daß auch der Nachweis des Antitrustverstoßes selbst dem Beklagten eine große und besonders kostspielige Last aufbürdet. Hier könnte eine Ausweitung der Sec. 5 Clayton Act auch für solche Fälle eine Erleichterung schaffen.

21) S. 573 des Urteils; siehe auch Lockhart, a.a.O., S. 520. Die Probleme, die aus einer mehrfach begründeten Zuständigkeit erwachsen (Schadensersatz vor Federal-, Nichtikeitseinwand vor State Courts) zeigen sich in Lyons v. Westinghouse, 222 F.2d 184 (Schadensersatz) und Westinghouse v. Lyons, 125 N.Y.S. 2d. 420 (Einwand). Vgl. dazu noch die Note in 55 Col.L.Rev. 1078 (1955) und den Fall Limmat Corp. v. Dorosin Distributing Corp., 1959 Trade Cases 69, 593 (N.Y. Supr. Ct. 1959) mit Verweis auf American Woolen Co. v. Miller Schulman, Corp., 1959 Trade Cases 67, 895 (N.Y. Supr.Ct. 1959).

2. Continental Wall Paper Co. v. Louis Voight & Sons Comp.: Partnerschaft begründet "inherent illegality"

Schon wenige sieben Jahre später[22] glaubte sich der Supreme Court wieder mit dieser Frage befassen zu sollen. In Continental Wall Paper Co. v. Louis Voight & Sons Comp.[23] nahm der Kläger als Verkaufsstelle eines Tapetensyndikats die Beklagte auf einen Kaufpreis von 56.762.10 $ für gelieferte Tapeten in Anspruch. Um das Ergebnis vorweg zu nehmen, anerkannte das Gericht hier den von der Käuferin vorgebrachten Einwand, daß der Verkäufer wegen Antitrustverletzung von der Geltendmachung seines Anspruchs ausgeschlossen sei, und wies die Kaufpreisklage ab. Justice Harlan schrieb wiederum die Urteilsbegründung. Er konzentrierte sich vor allem darauf, seine alten Argumente aus der Connolly Entscheidung zu hüten und für den vorliegenden Fall Unterscheidungsgründe zu finden, die zur Bestätigung und nicht zur Aufgabe der früheren Rechtsprechung beitrugen. Daher ist es nicht verwunderlich, daß sich die Mehrzahl der Argumente auf die Unterscheidung von "collateral and inherent illegality" konzentrierte. Letztere wird dann angenommen, wenn sowohl Käufer wie auch Verkäufer als gemeinsame Partner einer beschränkenden Absprache gefunden werden. Das Versäumnis, hier klarere Linien zu ziehen, hat viel zur späteren Verwirrung und Fehlinterpretation dieser Urteile beigetragen,und läßt es auch heute noch vielen Autoren und Richtern unmöglich erscheinen, zwingende Abgrenzungsmerkmale zu finden.

Diesem Bedürfnis auf genaue dogmatische Erfassung der Tatbestände soll hier entsprochen werden. Dabei ist es wesentlich, vor allem den Sachverhalt noch etwas näher zu untersuchen. Die Continental Wall Paper Co. führte ihre Geschäfte auf einer syndikatsähnlichen Grundlage, wonach die Tapetenhersteller, die untereinander durch wettbewerbsbeschränkende Verträge verbunden waren, über Continental an die Abnehmer verkauften und am Gewinn im Verhältnis ihrer Kapitalanteile an Continental beteiligt wurden. Diese durfte ihrerseits nur an Abnehmer verkaufen, die zwei Bedingungen unterschrieben hatten: einmal die Verpflichtung, ihren ganzen Bedarf bei Continental zu beziehen, und zum anderen nur zu den vom Verkäufer vorgeschriebenen Preisen weiterzuverkaufen. Kaufverträge kamen also nur mit solchen Käufern zustande, die sich zuvor durch eine Ausschließlichkeits- und Preisbindungsklausel verpflichtet hatten.

Als weitere Umstände, die zwar in der rechtlichen Begründung keine Erwäh-

---

22) Bereits zuvor in Cincinnati Packet Co. v. Bay, 200 U.S. 179, 26 S.Ct. 20 (1906) war die Einzelvertragsnichtigkeit ebenfalls abgelehnt worden.

23) 212 U.S. 227; 29 S.Ct. 280 (1909).

nung fanden, das Gericht aber doch bis zu einem gewissen Grad mitbestimmt haben werden, erscheinen bedeutsam, daß

1. die Beklagten praktisch zur Unterzeichnung der Klauseln gezwungen waren, da das Tapetenkartell ca. 98 % des Marktes beherrschte, und

2. die Beklagten nur noch einen Teilbetrag schuldeten, der geringer war, als der Unterschied, der sich bei einem Vergleich des gesamten Vertragspreises mit einem möglichen freien Marktpreis ergeben hätte[24)]

Die Entscheidungsgründe des Urteils lassen nun zwar deutlich erkennen, daß das Gericht die stärkere Abhängigkeit des Einzelvertrages von der Kartellabsprache spürte, andererseits aber nicht in der Lage war, sie genau zu analysieren. Die Begründung Justice Harlan's, daß es sich hier nicht um einen unabhängigen Einzelvertrag handele, sondern um einen Kaufvertrag, der in Verfolg einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache geschlossen war, kann nicht überzeugen, solange dieser wettbewerbsbeschränkende Vertrag allein in der Absprache der Tapetenhersteller und nicht in der Sonderverpflichtung der Käufer gesehen wird. In gleicher Weise leuchtet auch nicht ein, wenn das Gericht hier im Unterschied zum Connolly Fall zu dem Ergebnis kommt, daß durch eine Durchsetzung des Einzelvertrages den Antitrustverletzern geholfen werde, ihre Ziele durchzusetzen[25)].

Ob diese Ziele nur in höheren Verkaufserlösen oder darüber hinaus auch im Abschluß von Ausschließlichkeits- und Preisbindungsverträgen bestehen, ändert an der Verwerflichkeit der horizontalen Absprache selbst nichts, und in beiden Fällen hilft der Einzelvertrag zu einem Erfolg, der ohne die verbotene Absprache in gleicher Weise nicht erreichbar wäre. Da diese bloße Beziehung jedoch unter der Connolly-Rule nicht ausreicht, den Einzelvertrag ebenfalls als nichtig anzusehen, läßt sich die Continental Entscheidung nur damit erklären, daß hier der angestrebte Vertragserfolg noch aus anderen Gründen als wegen seiner bloßen Beziehung zum Tapetenkartell keine gerichtliche Hilfe erwarten konnte[26)]. Ein solcher Grund

---

24) Vgl. dazu auf S. 233 und 253 des Urteils.

25) a.a.O., S. 252.

26) Justice Holmes kommt in seiner "dissenting opinion" (212 U.S. 268) dem eigentlichen Problem schon weit näher. Er hält ein der Klage stattgebendes Urteil für richtig, da er den Einzelkaufvertrag für eine selbständige Einheit hält, ganz abgesehen davon, ob die Verpflichtung im Hinblick auf Preis- und Ausschließlichkeitsbindung selbst wirksam ist. Holmes, der seine Tendenz zur jeweiligen Aufrechterhaltung von Verträgen bereits früher angedeutet (Cincinnati Packet Co. v. Bay, 200 U.S. 179, 1906) und auch später wieder unterstrichen hat (Dissent im Dr. Miles Preisbindungs Fall, Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons. Co., 220 U.S. 373, 31 S. Ct. 376 (1911)) geht dann aber noch weiter, unterstellt sogar die Verbindung des Einzelvertrages mit den

läßt sich in der Ausschließlichkeits- und Preisbindungsverpflichtung, die Verkäufer und Käufer verband, leicht finden. Solche Verträge begründen selbst wieder eine unzulässige Beschränkung und können, unabhängig davon, daß ein Kartellverband vertragsberechtigt ist, schon ohne eine solche Beziehung nicht durchgesetzt werden[27]. Hätte das Gericht diesen Gesichtspunkt deutlich herausgearbeitet, so hätte es bereits in diesem Fall auf die Frage der "Severability" des Kaufpreisversprechens und der anderen beschränkenden Absprachen eingehen müssen und den Fall nicht lediglich mit einer mehr gefühlsmäßigen Entscheidung für eine "inherent illegality" abtun dürfen. Der Continental Fall darf daher auch nicht als maßgebend für Fälle der Gruppe 1a[28] angeführt werden, was aber von Beklagten, die in der sehr unbestimmten Ausdrucksweise eine willkommene Stütze suchen, kaum erwartet werden darf. Immerhin sollten heute aber wenigstens Rechtsprechung und Wissenschaft dieser Verbindung mit der vertikalen Wettbewerbsbeschränkung vermehrt ihre Aufmerksamkeit schenken und dadurch vermeiden, vor einer vermeintlichen Unvereinbarkeit der beiden Fälle zu resignieren[29]. Damit läßt sich die sehr unerwünschte Folge und der offensichtliche Widerspruch, daß die Beteiligten einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache selbst sich auf den Einwand berufen können, während dies unbeteiligten Opfern des Kartells versagt wird, erklären und auflösen[30]: in beiden Fällen sind die Ge-

---

beschränkenden Absprachen und kommt dennoch zu einer Ablehnung der Vertragsnichtigkeit. Sein Argument ist bis heute die klassische Begründung der klagenden Partei geblieben: "The policy of not furthering the purpose of the trust is less important than the policy of preventing people from getting other people's property for nothing." Daß Holmes gerade mit dieser Begründung den vorliegenden Sachverhalt, wo der Käufer schon den größten Teil bezahlt hatte, nicht trifft, konnte die Bedeutung dieses Prinzips für die spätere Entwicklung nicht schmälern.

27) Die grundlegende Entscheidung dazu erfolgte zwar erst zwei Jahre später in Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373; 31 S.Ct. 376 (1911), war aber bereits durch Bobbs-Merril Co. v. Strauss, 210 U.S. 339, 28 S.Ct. 722 (1908), die eine Preisbindung für urheberrechtlich geschützte Waren untersagte, angebahnt.

28) Vgl. dazu die Gliederung auf S. 35/36

29) So Judge L. Hand in Lyons v. Westinghouse El. Corp., 222 F. 2d 184 (2nd Cir. 19). Note: The Defense of Antitrust Illegality in Contract Actions, 27 Chi.L.Rev. 758, 761 (1960): "... it's quite difficult to perceive the difference between the cases. The distinction would appear to be one of degree rather than of kind; and as between Connolly and Continental the difference in degree is a very small one indeed."

30) Dieses Argument war bereits vom Kläger vertreten worden und wurde später

schäftspartner der Kartellzugehörigen in die Rolle der Opfer der Kartellverschwörung gedrängt, was nach dem Connolly Fall nicht ausreichen soll, eine gerichtliche Durchsetzung des Einzelvertrages zu verhindern. Vereinbart jedoch ein Geschäftspartner darüber hinaus noch weitere Wettbewerbsbeschränkungen mit dem Kartell oder einem der Kartellpartner, so ist es allein diese in sich wieder verbotene Beschränkung, die gerichtliche Hilfe zur Vertragsdurchsetzung verbietet. Darum ist es auch sehr ungenau, den nunmehr Einwandsberechtigten als Kartellteilnehmer ("party of the illegal combination") zu bezeichnen[31], selbst wenn er über die vertikale Bindung in ein großangelegtes und geplantes System einer Wettbewerbsbeschränkung mit einbezogen ist.

Zwar erreichte das Gericht eine solche Aufgliederung der wettbewerbsbeschränkenden Tatbestände nicht, doch passen alle zur Urteilsbegründung verwendeten Argumente rechtspolitischer Art auf einen solchen Zusammenhang umso besser, was allein einem geschulten Rechtsgefühl der Richter zuzuschreiben ist.

3. Wilder Manufacturing Co. v. Corn Products Refining Co.: Ausschließlichkeit der gesetzlichen Rechtsbehelfe

Obwohl inzwischen im Dr. Miles Fall[32] Rechtsschutz für Preisbindungsverträge versagt worden war, und damit erneut Ansätze zu einer sauberen Scheidung unserer Tatbestände gegeben waren, blieb die Begründung des Supreme Court auch in seiner nächsten bedeutenden Entscheidung zu unserem Fragenkreis im Jahre 1915, die im Ergebnis auf das Connolly Urteil zurückführte, weiterhin unklar. Hier, in Wilder Manufacturing Co. v. Corn Products Refining Co.[33] bemühte sich der auf Zahlung des Kaufpreises für Traubenzucker in Anspruch genommene Beklagte, sich seiner Verpflichtung durch Berufung auf das Continental Urteil zu entziehen. Zwar war der Käufer hier nicht durch eine Preisbindung beschränkt; er konnte aber immerhin einwenden, daß durch eine mit einem Sonderrabatt gekoppelte "Gesamtbedarfsklausel" und durch das Verbot, die Ware weiterzuverkaufen, eine entsprechende vertikale Beschränkung bestehe. Die einstimmige Entscheidung des Gerichts, daß solche vertikalen Beschränkungen möglich und rechtswirksam seien, verhinderte erneut eine Stellungnahme zu der Frage der Trennbarkeit von Kaufvertrag und beschränkenden Nebenabmachungen. Der Fall hätte damit ohne weitere Schwierigkeiten unter der Connolly Regel entschieden werden können. Die mangelnde Bestimmtheit und Klarheit der Continental Entscheidung

---

von Seiten sowohl der Gerichte als auch der Kommentatoren immer wieder aufgegriffen; vgl. Lockhart, a.a.O., S. 522; Wood, a.a.O., S. 164.

1) Lockhart, a.a.O., S. 552 für viele andere.

2) Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373, 31 S.Ct. 376 (1911).

3) 236 U.S. 165; 35 S.Ct. 398 (1915).

ließen es Chief Justice White jedoch ratsam erscheinen, nochmals die dort verschwommen gebrauchten Begriffe der "intrinsical and inherent illegality" aufzugreifen [34] und zu versuchen, auch darin eine Unterscheidung des vorliegenden Falles zu begründen. Daß ein solcher Versuch, weitschweifige Sprachbegriffe bei der Begründung eines dem Sachverhalt nach ungeeigneten Falles zu praktikablen technischen Rechtsausdrücken zu machen, mißlingen mußte, kann nicht überraschen. Chief Justice White muß dies selbst gespürt haben, denn nicht umsonst bemühte er sich, die Entscheidung, daß eine "inherent illegality" hier nicht gegeben sei, noch mit weiteren Argumenten zu untermauern. Diese glaubte er vor allem darin zu finden, daß die das frühere Common Law zum Restraint of Trade umgestaltende Regelung des Gesetzgebers im Sherman Act abschließend sei und damit für weitere Rechtsbehelfe keinen Raum lasse[35]. Da weder die Materialien noch die Entstehungsgeschichte des Sherman Act eine solche These stützen[36], suchte sie Chief Justice White einmal durch einen anerkannten Rechtsgrundsatz des amerikanischen Common Law zu begründen, wonach die in einem besonderen Gesetz ausgesprochene Strafe oder ein dort begründeter Anspruch stets als abschließend geregelt und weitere Rechtsmittel ausschließend anzusehen sind[37]. Ergänzend trat dazu noch seine allerdings wenig einleuchtende, da einseitig am Öffentlichkeitsschutz als Gesetzeszweck ausgerichtete Überlegung, daß durch die Gewährung des individuellen Einwandes dem zur Antitrustverfolgung berufenen Justizministerium entgegengearbeitet werde und daß eine nur den einzelnen Käufern oder Vertragspartnern gegenüber bestehende relative Rechtswidrigkeit des Kartells mit dem dem Ministerium zur Wahrung übertragenen öffentlichen Interesse nicht vereinbar sei; denn immerhin würde dadurch die Gefahr geschaffen, daß auch sogenannten "reasonable combinations"[38] gegenüber dieses oder jenes Gericht den Einwand anerkennen könnte.

---

34) a.a.O., S. 177. 35) a.a.O., S. 174.

36) Vgl. die Darstellung bei Lockhart, a.a.O., S. 508-512; ferner Note: Enforceability of Contracts which Violate the Robinson Patman Act, 55 Yale L.J. 820, 823 (1946).

37) a.a.O., S. 175 mit Verweis auf Farmers' & M. Nat. Bank v. Dearing 91 U.S. 29, 35 (1875) und die darauf folgenden Entscheidungen Diese These war im übrigen bereits von Justice Brewer in einer eigenen Minderheitsbegründung zum Continental Fall (212 U.S. 227, 273) vertreten worden.

38) Chief Justice White hatte selbst wenige Jahre zuvor im Standard Oil Fall (221 U.S. 1, 1911) die rule of reason als Ausnahme für das generelle Verbot jeder Wettbewerbsbeschränkung begründet. Diese Erleichterung wurde dann später wieder durch die "per se rule" für alle Fälle einer horizontalen Preisabsprache wesentlich beschränkt in Trenton Potteries Co. v. U.S., 273 U.S. 392, 47 S. Ct. 377 (1927), sodaß auch die oben angemeldeten Bedenken r

Die Bedeutung dieser Entscheidung, die sich zum Schluß noch auf bereits aus dem Connolly Fall bekannte Gründe, wie die ungerechtfertigte Bereicherung des ohne Zahlung in den Besitz der Ware gekommenen Käufers und unerwünschte Zuständigkeitsverschiebungen stützt, ist vor allem darin zu sehen, daß sie den fruchtlosen Begriffsdiskussionen das neue Argument der abschließenden, gesetzlichen Regelung hinzufügt. Darüber hinaus bannte sie auch die Gefahr, die für den Handelsverkehr aus einer großzügigen Anwendung der Continental Entscheidung hätte erwachsen können. Obwohl die genauen Beziehungen von horizontalen und vertikalen Beschränkungen zu dem einzelnen Kaufvertrag noch immer nicht klargestellt wurden, wiesen immerhin einige Passagen des Urteils in diese Richtung und trugen damit dazu bei, daß in den nachfolgenden Entscheidungen die Problemkreise besser auseinandergehalten werden konnten. Hätte das Exklusivitätsargument zu den der Bindungswirkung fähigen Bestandteilen des Urteils gehört, so hätten damit sowohl der Dr. Miles als auch der Continental Fall als "overruled", d.h. aufgegeben, angesehen werden müssen. So aber, nur in der Form einer tragenden Begründung zur Ablehnung einer behaupteten "inherent illegality" gebraucht, blieb die ganze Schwierigkeit der notwendigen Begriffsabgrenzung erhalten.

Mehr und mehr gewannen nun in der Folge rechtspolitische über rechtstechnische Argumente die Oberhand, und der bereits von Justice Holmes[39] herausgestellte Gesichtspunkt, daß es unbillig wäre, den Käufer ohne jede Bezahlung im Besitz der Ware zu belassen, scheint die Gerichte zunehmend bestimmt zu haben[40].

Die Möglichkeit, eine solche offensichtliche Unbilligkeit auf dem Weg über eine Bereicherungsklage des Verkäufers zu erreichen, scheint zu dieser Zeit noch nicht ernsthaft erwogen worden zu sein. Dem scheint eine grundsätzliche Regel, das amerikanische Contract- und Quasi-Contract Law, entgegengestanden zu sein; danach wird ein Gericht, das einen Vertrag als undurchsetzbar beurteilt, sowohl Restitution als auch Ausgleichsansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung versagen[41].

---

noch für einen eingeschränkten Bereich Gültigkeit haben.

39) Holmes dissent siehe oben Fn. 26.

40) Besonders deutlich in Gasoline Products Co. v. Champlin Refining Co., 46 F. 2d 511, 515 (D.C.S.D.Me. 1931).

41) Restatement, Contract § 598; Williston, Contracts (1937), § 1630; Corbin, On Contracts (1951), § 1534; Note: The Defense of Antitrust Illegality in Contract Actions, 27 U.Chi.L.Rev. 758, 770 (1960). Die Frage, ob "quasi contractual relief" einen Ausweg aus dem Widerstreit zwischen Antitrustpolitik und Einzelfallgerechtigkeit bringen kann, wird später im Zusammenhang mit neueren Entscheidungen wieder aufgegriffen werden.

4. Small v. Lamborn & Co.: Parteibeziehungen entscheiden über Vertragsgültigkeit

Eine neue Bewährungsprobe für diesen Bereich richterlicher Rechtsschöpfung brachte der Fall Small v. Lamborn & Co. [42]. Hier stand einer Anerkennung des Einwandes die Gefahr einer ungerechtfertigten Bereicherung des Käufers nicht im Wege, da der Kläger nicht etwa einen Kaufpreisanspruch, sondern einen am Unterschied zwischen Vertrags- und Selbsthilfeverkaufspreis berechneten Ersatzanspruch wegen Nichtabnahme des verkauften Zuckers geltend machte. Der beklagte Käufer wandte demgegenüber ein, der Kläger habe mit anderen Zuckerhändlern Vereinbarungen getroffen, wonach eine Marktenge auf dem Zuckermarkt geschaffen werden sollte, um dadurch höhere Preise zu erzielen; dadurch getäuscht habe er zu solchen Überpreisen eingekauft und auch, soweit bezogen, bezahlt; nun aber, nachdem die wahren Marktverhältnisse offenbar wurden, seien die Preise sofort gefallen, und er halte sich wegen der noch ausstehenden Restlieferungen nicht mehr an den unter Ausnützung einer verbotenen Absprache zustandegekommenen Vertrag gebunden. Damit stand der bisher markanteste Fall zur Entscheidung, in dem der Verkäufer nicht nur die vertraglich vereinbarte Gegenleistung für seine Erfüllung verlangte, sondern ohne vermögensverschiebende Vorleistung seine vertraglichen Rechte geltend machte. Das an den Maßstäben ausgleichender Gerechtigkeit orientierte Holmes-Argument hatte hier keinen Platz. Der Supreme Court sah sich vor die Frage gestellt, ob er zur Connolly Entscheidung zurückkehren und die Rechtmäßigkeit des Einzelvertrages bejahen sollte, oder ob er mit der stets betonten Versicherung, auf keinen Fall gerichtliche Hilfe zur Durchsetzung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen zu gewähren, letztlich doch noch, und hier ohne Billigkeitsmaximen zu verletzen, ernst machen sollte.

Im Ergebnis reiht sich das Urteil in die Gruppe der unter der Conolly Regel stehenden Entscheidungen ein, und die Hauptbedeutung gerade dieser Entscheidung liegt in der neuen Begründung, die nicht mehr in erster Linie auf die am Vertragsinhalt gemessene Recht- oder Unrechtmäßigkeit abstellte, sondern sich auf die bloße Parteistellung der Streitbeteiligten bezog[43]. Nur wenn auch der Be-

---

42) 267 U.S. 248; 45 S.Ct. 300 (1925).

43) Das Parteiargument war bereits im Connolly Fall angeklungen und wurde hier nun besonders herausgestellt. Eine interessante Anwendung dieses Gesichtspunkts machte Judge L. Hand in Lyons v. Westinghouse El. Comp., 222 F. 2d 184 (2nd Cir. 1955), indem er eine so enge Beziehung zwischen Vertreter und dem gegen die Antitrustgesetze verstoßenden Vertretenen sah, daß dadurch auch deren Agenturvertrag "inherently illegal" wurde.

klagte als am verbotenen Zusammenschluß beteiligt angesehen werden kann[44], soll sein Einwand durchgreifen. Diese nun plötzlich eindeutig scheinende Entscheidung rief natürlich sofort wieder die Kritiker auf den Plan, die darin wieder eine Verlagerung des Rechtsschutzes von den durch die verbotene Absprache Betroffenen zu den dadurch Begünstigten sahen. Solcher Kritik kann ohne vorausgehende Klärung, worin nun genau der gesetzwidrige Zusammenschluß zu sehen ist, wie wir oben[45] zu zeigen versuchten, keine Berechtigung zukommen. Das Aufsehen erregende Ergebnis des Urteils muß vielmehr darin gesehen werden, daß damit das bisherige Argument, wonach niemand durch einen unverdienten Zufall Ware ohne Bezahlung zugewiesen erhalten sollte[46], den Boden entzogen bekam. Das Gericht versäumte jedenfalls, sich eine mögliche andere Beurteilung in den Fällen, in denen ein Absprachepartner dem anderen bereits vorgeleistet hatte, vorzubehalten.

5. Sola Electric v. Jefferson Co.: Beginn einer Trennung horizontaler und vertikaler Beschränkungen

Während der folgenden 17 Jahre glaubte sich der Supreme Court nicht mehr mit diesem Fragenkomplex befassen zu müssen, und die einheitliche Reihe untergerichtlicher Entscheidungen[47], die den Verteidigungseinwand jeweils ablehnten, zeigt, daß Small v. Lamborn zwar noch keine befriedigende Lösung, aber doch immerhin eine verläßliche Rechtsstetigkeit geschaffen hatte.

Erst im Jahre 1942 nahm eine Kette höchstgerichtlicher Entscheidungen ihren Anfang, die bis heute diesen Problemkreis noch immer in der Diskussion hält. Für diesen Neuanfang mag es als ein glücklicher Umstand gewertet werden, daß die zu entscheidenden ersten Fälle auch Rechtsfragen der zweiten Gruppe unserer Einteilung, also Ersatzklagen[48], mitumfaßten. Dadurch wurden die Gerichte nun gezwungen, endlich die wichtige Trennung zwischen horizontaler Bindung des Klägers und vertikaler Beschränkung des Beklagten zu erkennen und entsprechend zu beurteilen.

---

44) Dafür aber wird ein aktives Hinwirken auf die Erreichung des gemeinschaftlich geplanten Zweckes erfordert, während bloße Zugehörigkeit nicht ausreicht: U.S.v. American Precision Products Corp., 115 F.Supp. 823 (D.C.D.N.J. 1953).

45) Vgl. dazu S. 35/36, 42

46) In der amerikanischen Literatur wird dies anschaulich als "undesirability of a windfall to the buyer" bezeichnet.

47) Eine Reihe von Fällen, in denen der Einwand versagt worden war, ist aufgeführt bei Lockhart, a.a.O., S. 531 Fn. 130.

48) Vgl. dazu oben S. 35

Günstigen Anlaß gab dazu der Fall Sola Electric Co. v. Jefferson Co.[49]. Ein Patentinhaber verklagte seinen Lizenznehmer

1. auf fällige Lizenzgebühren und
2. auf Unterlassung einer Verletzung des Lizenzvertrages,

in dem sich der Lizenznehmer verpflichtet hatte, die vom Patentinhaber vorgeschriebenen Verkaufspreise nicht zu unterbieten. Der wesentliche Unterschied, der diesen Fall von der auf den ersten Eindruck hin gleich gelagert erscheinenden Continental Entscheidung abhebt, ist, daß hier im Verhältnis zwischen Patentberechtigtem und Lizenznehmer eine Absprache des vorliegenden Inhalts getroffen werden durfte[50]. Dem Lizenznehmer war daher nicht damit geholfen, auf die wettbewerbsbeschränkende Wirkung seiner Verpflichtung und auf deren untrennbare Verkettung mit der Vereinbarung über die Lizenzgebühren zu verweisen. Er mußte vielmehr einen Schritt weitergehen und die Stellung des sich der Patentberechtigung berühmenden Klägers angreifen. Sollte sich herausstellen, daß das Patent, wie vorgetragen, ungültig war, so wäre damit auch die Berechtigung für die Preisbindung weggefallen und damit nach dem Vorbringen des Beklagten auch ein Rechtseinwand gegen den auf die untrennbar verbundene Gebührenabsprache gestützten Anspruch gegeben. Während die Untergerichte sich an das feststehende estoppel-Prinzip hielten, wonach es einem Lizenzvertragspartner verwehrt ist, noch nachträglich die Ungültigkeit des Patents geltend zu machen[51], hielt der Supreme Court das Interesse an einer freien Wettbewerbsordnung für übergeordnet. Er gestand dem Beklagten jede Möglichkeit zu, eine Verletzung des Anti-

---

49) 317 U.S. 173; 63 S. Ct. 172 (1942). Bereits zuvor war in dem Fall Morton Salt Co. v. Suppiger Co., 314 U.S. 488 (1942) die Tendenz deutlich geworden, die Ausweitung gesetzlich gewährter Privilegien zu unterbinden: einem Patentberechtigten, der sich in Zusammenhang mit der Ausübung seines Patentrechtes Antitrustverstöße hatte zuschulden kommen lassen, war ein Unterlassungsanspruch gegen Patentverletzungen versagt worden.

50) Bement v. National Harrow Co., 186 U.S. 70; 22 S. Ct. 744 (1902). Dagegen verlor der Patentinhaber mit dem Verkauf seiner patentrechtlich geschützten Ware an Dritte jede weiteren beschränkenden Rechte, sodaß sich über den Lizenzhersteller hinaus eine weitere Preisbindung auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Patentmonopols begründen ließ. Vgl. dazu: Bauer & Cie. v. O'Donnel, 229 U.S. 1, 33 S. Ct. 616 (1913); U.S. v. General Electric Co., 272 U.S. 476, 47 S. Ct. 192 (1926); U.S. v. Univis Lens Co., 316 U.S. 241, 62 S. Ct. 1088 (1942); der Parallelfall zum Urheberrecht ist: Bobbs Merril Co. v. Strauß, 210 U.S. 339, 28 S. Ct. 722 (1908).

51) U.S. v. Harvey Steel Co., 196 U.S. 310, 25 S. Ct. 240 (1905).

rustrechts nachzuweisen, auch durch Angriff auf die Rechtsgültigkeit des Patents elbst. Der Nachweis der Patentunwirksamkeit gelang. Es stellte sich nun die weiere Frage, ob Beschränkung- und Gebührenabsprache im Lizenzvertrag voneinander getrennt werden konnten. Dies wurde wegen deren enger Verbindung verneint, odaß im Ergebnis der Kläger mit beiden Ansprüchen abgewiesen wurde. Auf dem Umweg über den Angriff auf die Absatzbindung war es dem Beklagten damit gelungen, sich auch seiner Verpflichtung zur Entrichtung von Lizenzgebühren zu entziehen, was ihm sonst unter der estoppel rule jedenfalls verwehrt gewesen wäre. Zur Klarstellung muß also betont werden, daß die Gebührenverpflichtung nicht etwa deswegen verneint wurde, weil sich das Patent als ungültig herausgestellt hate, sondern allein, weil sie von der ohne Patentprivileg rechtswidrigen Preisbindungsabsprache nicht lösbar erschien, und daher deren Beurteilung als unwirksam teilen mußte.

Eine noch eingehendere Untersuchung erfuhr das Trennbarkeitsproblem dann in zwei späteren, fast gleich gelagerten Fällen[52], die sich gegenüber dem Sola Electric Fall nur dadurch unterschieden, daß die Kläger allein ihre Lizenzgebühren, nicht auch ihre Rechte aus der Preisbindungsabsprache geltend machten. Wiederum mußte der estoppel-Grundsatz der Antitrust-Durchsetzung weichen, und in einem einheitlichen 5:4 Urteil entschied sich das Gericht für die Untrennbarkeit der einzelnen Bestimmungen des Lizenzvertrages und wies damit die Klagen ab[53].

6. Auswirkungen der Consideration Doktrin

Es wäre nun allerdings verfehlt, aufgrund der in diesen drei zuletzt genannten Fällen offenbar gewordenen Neigung, die Trennbarkeit vertraglicher Absprachen, soweit Wettbewerbsbeschränkungen mitbetroffen sind, strenger als generell zu behandeln, voreilige Schlüsse auf eine im Ergebnis dem Continental Fall entsprechende Rechtsprechung zu ziehen[54]. Eine genaue Fallanalyse darf nicht übersehen, daß es sich in den zuletzt besprochenen Fällen um die Übertragung gewerblicher Schutzrechte handelte, während wir es im Normalfall mit der Übertragung von Waren zu

---

2) Katzinger Co. v. Chicago Metallic Mfg. Co., 329 U.S. 394, 67 S.Ct.416 (1947); Mc Gregor v. Westinghouse Elec.& Mfg.Co., 329 U.S. 402, 67 S.Ct. 421 (1947).

3) Die Untergerichte waren zu abweichenden Entscheidungen gelangt: 153 F. 2d 149 (Katzinger) und 38 A. 2d 244 (Mc Gregor), wodurch sich der Supreme Court zur Revisionsgewährung ("grant of certiorari") veranlaßt gesehen hatte.

4) Diese Gefahr übersieht Lockhart, a.a.O., S. 538/9.

tun haben. Dieser Unterschied läßt sich nicht darstellen, ohne auf die "consideration doctrin" des anglo-amerikanischen Vertragsrechtes zurückzugreifen[55]. Das quid pro quo der consideration für die eingeklagten Vertragsansprüche ist dabei im Patentfall die Übertragung des Patentrechtes auf den Lizenznehmer, während es im Kauffall die Übertragung der Ware auf den Käufer ist. Unterstellen wir wieder, daß der Verkäufer bereits vorgeleistet hat, so hat der Beklagte im Kauffall die consideration bargained for in Form der Ware erhalten, während der Lizenznehmer wegen der Ungültigkeit des vermeintlichen Patentrechtes gar keine Leistung empfangen hat und im Normalfall nur durch estoppel-Grundsätze daran gehindert wäre, dies gegen die Inanspruchnahme auf die Lizenzgebühr einzuwenden. Darum läßt sich auch die in den Patentfällen zutage getretene Abweichung von der üblichen Regel des Vertragsrechtes, wonach derjenige, der seinerseits seine consideration bereits erbracht hat, zumindest einen Anspruch auf die [illegible] einklagbaren Vertragsansprüche hat[56], damit erklären, daß der Beklagte hier ja eben keine "sufficient consideration" erhalten habe.

Dagegen wäre in sogenannten "executory contracts", also solchen, bei denen noch keine Seite Leistungen erbracht hat, der Doktrin zufolge zu entscheiden, daß in beiden Fallgruppen keiner der Beteiligten auf die ihm dem Vertrag nach zustehende Gegenleistung klagen konnte, da der Patentberechtigte, bzw. der Verkäufer wegen einer der teilweisen Rechtswidrigkeit zufolge unzureichenden "consideration" seines Vertragspartners selbst nicht zur Leistung verpflichtet werden kann. Umgekehrt bleibt der Lizenznehmer bzw. Käufer im Hinblick auf die Unsicherheit solcher Leistung ebenfalls von seiner Teilpflicht entbunden[57].

---

55) Siehe dazu die Darstellungen von Williston, On Contracts Vol. I Ch. 6; Corbin, On Contracts Vol. I Ch. 5, Restatement of the Law, Contracts Secs. 7 ff.; Simpson, On Contracts Ch. 3.

56) Hazeltine v. Sheckells, 207 U.S. 71 (1906); Williston §§ 1779, 1782; Restatement, Contracts § 607, Rogers, [illegible] or Unenforceable Consideration, 17 Yale L.J. 368, 383-84 (1907-08). Auch der Fall Cincinnati Packet Co. v. Bay, 200 U.S. 179, 26 S.Ct. 208 (1906) macht dies deutlich. Will man hier [illegible] zu den Patentfällen herausstellen, so ist es nützlich außer auf die vorgenommene dogmatische Abgrenzung auf den Umstand hinzuweisen, daß "severability-Erwägungen" auch früher schon immer dann zurückzustehen hatten, wenn ihnen Gründe der Rechtsverfolgung im öffentlichen Interesse entgegenstanden; vgl. dazu noch Note in 33 Mich. L. Rev. 278-280 (1934).

57) Williston § 1782; Corbin § 1521; Restatement, Contracts § 607.

7. Kelly v. Kosuga: Unabhängigkeit horizontaler und vertikaler Beschränkungen

Wie in den Kauffällen mit einer Vorleistung des Verkäufers über die Frage der Trennbarkeit der Verpflichtungen des Käufers zu entscheiden ist, erscheint daher durch die Patentfälle, die lediglich dem Exklusivitätsargument die Überzeugung nehmen, nicht präjudiziert. Diese Frage machte darum erneut in der jüngsten Entscheidung Kelly v. Kosuga[58] große Schwierigkeiten. Hier war mit einer Transaktion eines größeren Quantums von Zwiebeln eine zeitliche Marktaufteilungsabsprache verknüpft worden. Gegen die Ersatzklage des Verkäufers wegen teilweiser Nichtabnahme wandte der Käufer die Gesetzwidrigkeit der gesamten Vereinbarung ein. In allen drei Instanzen[59] entschieden sich die Gerichte für eine Trennbarkeit der zweifellos rechtsverletzenden Marktabsprache von der Kaufpreisvereinbarung. Erst dieser Fall brachte eine zumindest dogmatisch sauber aufgegliederte Untersuchung der Probleme, die bereits im Continental Fall vorlagen. Die von Justice Brennan vertretene Lösung läßt sich kurz dahin zusammenfassen, daß eine gesetzmäßige Warentransaktion gegen einen entsprechenden und angemessenen Preis eine für sich abgeschlossene Einheit darstelle, die von wettbewerbsbeschränkenden Nebenabsprachen getrennt werden und mit Gerichtshilfe durchgesetzt werden könne[60]. Da es eine grundlegende Regel des Common Law Vertragsrechtes ist, daß die Gerichte ein wertmäßiges Entsprechen der beiderseitigen Leistungen nicht fordern[61], läßt sich die Argumentation Brennans nur als ein neuer Versuch werten, auf jeden Fall dem Vorwurf zu begegnen, Antitrustverstößen gerichtlichen Vorschub zu leisten. Indem er hier Ware und Preis als gleichwertig ansetzt, charakterisiert er die bloße Marktaufteilungsabrede als eine Nebenabsprache, die auf den übrigen Vertragsinhalt keine Auswirkung hatte und daher auch nicht mittelbar durch ein der Klage stattgebendes Urteil mit Gerichtshilfe durchgesetzt zu werden brauchte.

Kelly v. Kosuga diente dann seinerseits wieder als Leitfall in zwei zwar prozes-

---

58) 358 U.S. 516, 79 S. Ct. 429 (1959).

59) Der District Court hatte ein "summary judgment" zugunsten des Klägers erlassen, das sowohl der Circuit of Appeals (257 F. 2d 48 (7th Cir. 1958)) als auch der Supreme Court (358 U.S. 811 1958) bestätigten.

60) Die entscheidende Stelle des Urteils auf S. 432 lautet: "... in any event where, as here a lawful sale for a fair consideration constitutes an intelligible economic transaction in itself, we do not think it inappropriate or violative of the intent of the parties to give it effect, even though it furnished the occasion for a restrictive agreement of the sort here in question."

61) Restatement, Contracts Sec. 81; Simpson, On Contracts § 35.

sual anders gelagerten, jedoch die gleichen Probleme der Trennbarkeit aufwerfenden Fällen. In Beloit Culligan Soft Water Service, Inc. v. Culligan, Inc.[62], strebten die Kläger ein Feststellungsurteil an, das die Bindung der Beklagten an eine Ausschließlichkeitsvereinbarung aussprechen sollte, obwohl eine im Vertrag gleichfalls enthaltene Gesamtbedarfsklausel als unzulässig gestrichen werden mußte. Das Gericht entschied sich wieder für eine Trennbarkeit, wobei allerdings auffällt, daß es bereits über die Kelly v. Kosuga Entscheidung hinauszugehen scheint, indem es sich anstelle der dort betonten "fair consideration"[63] hier mit der Verneinung von "want of mutuality or failure of consideration" begnügt[64].

Damit scheint der Kreis, der mit der Entscheidung im Continental Fall seinen Anfang nahm, wieder geschlossen. "Intrinsical illegality", so heißt es in den Entscheidungsgründen des Culligan Falles[65], unter Verweis auf eine Stellungnahme von Milton Handler[66], kann nur dann angenommen werden, wenn ein gerichtliches Urteil gerade die spezifischen Maßnahmen durchsetzen müßte, die ausdrücklich gesetzlich verboten sind. Damit hätte der ganze lange Umweg von Connolly über Continental, Dr. Wilder, Small und letztlich Kelly als Hauptstationen zu nichts weiter als zu einer Präzisierung und Begrenzung der alten Common Law Regel geführt, wonach keine Rechtshilfe für rechtswidrige Zwecke gewährt werden darf. Daß die Rechtslage jedoch nicht so einfach ist, wie dies das Berufungsgericht für den 7. Bezirk durch seine simplifizierende Definition vorzutäuschen suchte, zeigt bereits ein abweichendes Urteil des entsprechenden Gerichts für den 6. Bezirk[67]. In diesem für die vorliegende Problemstellung gleichgelagerten Fall wurde die Feststellungsklage eines Unternehmens der Elektrizitätsversorgung, die auf die Bestätigung der Verbindlichkeit eines Kohlelieferungsvertrages, der eine Gesamtbedarfsklausel enthielt, gerichtet war, zurückgewiesen [68].

---

62) 274 F. 2d 29 (7th Cir. 1959).

63) Dabei scheint das Kelly v. Kosuga Urteil einen objektiven Maßstab an die Angemessenheit der Gegenleistung anzulegen. Vgl. oben Fn. 60 und 73 Harv.L.Rev. 203, 205 (1959).

64) Es findet damit wieder zu der Grundregel zurück, nach der sich Gerichte nicht mit der Frage der wertmäßigen Ebenbürtigkeit der Austauschleistungen befassen.

65) auf S. 34.

66) Milton Handler in einer Besprechung des Urteils Kelly v. Kosuga in The Record of the Ass'n. of the Bar of the City of New York, Bd. 4 Nr. 7 (1959).

67) Tampa Electric Comp. v. Nashville Coal Co., 276 F. 2d 766 (6th Cir. 1960).

68) Der Umstand, daß im Beloit Fall die Käufer die übernommenen Verpflichtun-

Das Argument der Feststellungskläger, daß Sec. 3 des Clayton Act[69], mit dem die Gesamtbedarfsklausel nicht vereinbar war, allein zum Schutze der Käufer berechnet sei, und deswegen nicht zur Abweisung von deren Klage auf Feststellung eines bestehenden Vertragsverhältnisses verwendet werden dürfe, wurde vom Gericht zurückgewiesen: "... nicht der Vorteil der einen oder anderen Partei, sondern allein das öffentliche Interesse verlangt die Versagung des begehrten Rechtsschutzes"[70]. Diese besondere Bedeutung, die hier wieder dem öffentlichen Interesse[71] eingeräumt wird, scheint die straffe Regelung im Culligan Fall, den das Gericht nur wenig überzeugend zu unterscheiden suchte, wieder ins Wanken zu bringen. Leider konnte die aus anderen Gründen erfolgte Aufhebung des Tampa Urteils durch den U.S. Supreme Court[72] hier keine weitere Klärung schaffen[73].

III. Nichtigkeit und Bereicherungsausgleich

Unverändert gilt daher Kelly v. Kosuga als letzte Stellungnahme des höchsten Gerichtes fort[74]. Darum verdienen auch die Kommentatoren, die in den Aus-

---

gen bereits ausgeführt hatten, während im Tempa Fall noch keine Seite Leistungen erbracht hatte, kann zumindest bei der von dem Gericht gebrauchten Begründung eine Unterscheidung nicht rechtfertigen. Anders 27 Chi. L. Rev. 758, 770 (1960).

69) 15 U.S.C. § 14.

70) a.a.O., S. 773.

71) Damit kommt das Gericht einer alten Forderung Gellhorn's, Contracts and Public Policy, 35 Col. L. Rev. 679, 684 (1935) wieder entgegen, der den Gerichten in erster Linie die aus dem Common Law überkommene Aufgabe zuweist, bei der Durchsetzung von Verträgen, ganz abgesehen von sondergesetzlichen Regelungen, jeweils das öffentliche Interesse ausschlaggebend zu berücksichtigen.

72) 365 U.S. 320; 81 S.Ct. 623 (1961).

73) Das unbefriedigende Ergebnis wird vor allem in Note: The Defense of Antitrust Illegality in Contract Actions. 27 Chi. L. Rev. 758, 767 (1960) betont. Vgl. ferner: Bok, The Tampa Electric Case and the Problem of Exclusive Arrangements under the Clayton Act, 1961 Supreme Ct. Rev. 267.

74) Neuere Entscheidungen in gleichem Sinn: Fleischmann Distilling Corp. v. Frontier Liquor Corp., 1959 Trade Cases 69, 324 (N.Y.S.C. 1959); Loew's Inc. v. Somerville Drive In Theatre Corp., 148 A. 2d 599 (1959); U.S. Hoffman Machinery Corp. v. Valeteria Cleaners, 1956 Trade Cases 68, 452 (D.C.D. Minn. 1956).

führungen zu "fair price and fair consideration" einen neuen Ansatz zu der schon früher vertretenen Lösung des Konflikts auf einer quantum meruit Basis sehen, noc besondere Beachtung[75]. Die Weigerung, Einzelverträge durchzusetzen, würde die Gerichte von dem Vorwurf, gesetzeswidrigen Zielen Vorschub zu leisten, befreien. Gleichzeitig könnte dann durch Zuerkennung eines am objektiven Wert - also dem Marktwert - bemessenen Ausgleichsanspruchs an den Vorleistenden jede Unbilligkeit vermieden werden. Eine solche Lösung vermöchte zwar den Widerstreit zwischen Antitrustverfolgung im öffentlichen Interesse und Einzelfallgerechtigkeit zwischen den am Vertrag beteiligten Parteien zu lösen[76], stößt aber dabei auf Schwierigkeiten, dogmatischer, rechtspolitischer und praktischer Art. Dogmatisch deswegen, weil nach feststehenden Grundsätzen bereicherungsrechtlicher Ausgleich immer dann versagt werden muß, wenn der Vertrag selbst nicht durchsetzbar ist[77]; rechtspolitisch, weil eine solche richterliche Bestimmung eine angemessenen Preises mit dem Prinzip einer freien Marktordnung nicht vereinbar sein kann[78], wobei auch die Fälle im Auge behalten werden müssen, in denen ein Monopol- oder Kartellpreis angepaßt werden soll; und letztlich praktisch, weil es einen Richter vielfach überfordern wird, solche Preiskalkulationen aufzustellen. Dementsprechend hat diese Lösung bisher vor den Gerichten auch keine Beachtung gefunden, und selbst von der noch näher liegenden Möglichkeit, den vertragsmäßig vereinbarten Preis über die Annahme einer Teilnichtigkeit, soweit dieser das angemessene Äquivalent für die Gegenleistung übersteigt, zu reduzieren, ist kein Gebrauch gemacht worden.

Seit der Entscheidung in Bruce's Juices v. American Can Co.[79] erscheint ein solcher Lösungsversuch auch kaum mehr wahrscheinlich. Obwohl fü die hier nicht zur Debatte stehende Frage der Diskriminierung entschieden, ent-

---

75) Comments in: 13 Sw.L.J. 535 (1959); 73 Harv.L.Rev. 203, 205 (1959) und 27 Chi.L.Rev. 758, 770 (1960); Note: 55 Yale L.J. 820, 824 (1945).

76) In 27 Chi.L.Rev. 758/59 als das Dilemma einer uneinheitlichen Rechtsprechung bezeichnet.

77) Restatement, Contracts § 598; Williston § 1630.

78) Vor allem ein Vergleich mit der Rechtsprechung zu solchen Gesetzen, die e nen bestimmten Preis vorschreiben, wie Interstate Commerce Act und Shipp Act zeigt die unterschiedliche Bedeutung des Preises als Vertragsbestandteil unseren Fällen. Vgl. zum I.C.A.: Huddy v. Railway Express Agency, 188 247 (1936); zum Shipp.Act: Black Diamond Corp. v. S.H. Kress & Co., 284 N.Y.S. 310 (1935).

79) 330 U.S. 743, 67 S.Ct. 1015 (1947); eine Parallelentscheidung findet sich in American Can Co. v. Russelville Canning Co., 191 F. 2d 38 (8th Cir. 1951).

halten Urteilsbegründung und dissenting opinion dieses Falles aufschlußreiche Argumente, die seine genauere Darstellung nützlich erscheinen lassen. Die American Can Co. hatte größeren Konkurrenten von Bruce's Juices beachtlich höhere Rabattsätze eingeräumt. Als nun die Beklagte Bruce's Juices mit der Bezahlung von zahlungshalber hingegebenen Wechseln in Verzug gekommen war, wandte sie gegen die Zahlungsklage ein, daß die Wechsel nicht einklagbar wären, da das zugrundeliegende Kaufverhältnis eine Antitrustverletzung begründe. Nach einer wechselvollen Geschichte[80] gelangte der Fall schließlich vor den U.S. Supreme Court, wo Bruce's Juices noch zwei Einwände vorbrachte:

1. Die Gesetzwidrigkeit der Preisdiskriminierung begründet einen vollkommenen Einwand gegen die Zahlungsklage und alternativ

2. solcher Verstoß gegen den Robinson Patman Act begründet einen Teileinwand wenigstens gegen die zur Zahlung gegebenen Wechsel, die den in Beziehung zu den begünstigten Konkurrenten geforderten Mehrbetrag ausmachen.

Eine knappe Mehrheit des Gerichts[81] lehnte den zweiten Einwand von vornherein ab, da einzelne Wertpapiere nicht als Verbriefung gerade des diskriminierenden Überpreises ausgesondert werden könnten. Aufbaumäßig wenig konsequent setzte sich das Gericht dann mit dem alten Holmes-Argument über die Ungerechtigkeit zahlungsfreien Erwerbs auseinander, obwohl es wenig später entschied, daß gar kein Verstoß gegen den Robinson Patman Act vorgelegen habe[82]. Justice Murphy, der die abweichende Meinung der Minderheit begründete[83], glaubte dagegen, der Aufgabe der Gerichte und den Zielen der Antidiskriminierungsvorschriften dadurch am ehesten gerecht werden zu können, daß er eine Klageabweisung insoweit bejahte, als der Vertragspreis über dem den größeren Konkurrenten berechneten Preis lag[84]. Neben dieser, nur in der dissenting opinion vertretenen, neuen Lö-

---

80) Die Staatsgerichte von Florida waren sich über die Frage, ob ein Einwand der Verletzung bundesrechtlichen Antitrustrechtes in ihrer Gerichtsbarkeit zulässig sein könnte, nicht einig, sodaß der Fall allein dreimal vor das höchste Gericht Floridas gelangte.

81) 5:4 Entscheidung, wobei der aus Nürnberg zurückgekommene Justice Jackson schließlich den Ausschlag gab.

82) Die Würdigung Lockhart's, a.a.O., S. 543, daß die Mahrheit sich zumindest dafür entschied, daß Diskriminierung keinen absoluten Einwand gegen Vertragsansprüche schaffe, erscheint darum nicht haltbar.

83) 330 U.S. 757.

84) Eine solche Lösung war in Note: Enforceability of Contracts Which Violate the Robinson Patman Act, 55 Yale L.J. 820, 824 (1945) gefordert worden.

sungsmöglichkeit, über die Aufspaltung der Preisabsprache selbst und die Annahme einer Teilnichtigkeit ein angemessenes Ergebnis zu erzielen, liegt die Bedeutung des Falles trotz der bereits gerügten Inkonsequenz in der von Justice Jackson angestellten Untersuchung über die Berechtigung der vor allem zur Stützung des Wilder Mfg. Co. Falles gebrauchten Exklusivitätsargumente. Dabei gelangte Jackson über die bloßen gesetzestechnischen Erwägungen des Wilder Urteils hinaus und versuchte, darzustellen, daß der von Bruce's Juices gebrauchte Verteidigungseinwand nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn er zumindest, grob gerechnet, dem Ausmaß des durch die unerlaubte Maßnahme begründeten Unrechts entsprechen würde. Diese Ausgleichung wies Justice Jackson jedoch den Schadensersatzbestimmungen als Aufgabe zu und lehnte daher den Einwand, der zu einer unbilligen Alles oder Nichts[85] Entscheidung führt, ab[86]. Nachdem die Einwände der Beklagten somit abgewiesen waren, ließ sie diesen Verweis auf das Schadensersatzrecht nicht unbeachtet und setzte sich mit einem an der Diskriminierung bemessenen, dreifachen Schadensersatzanspruch im Endergebnis dann doch noch durch[87].

IV. Vertragsanspruch und Widerklage

Letztlich blieb auch der Versuch nicht aus, Vertragsansprüche mit möglichen Ersatzansprüchen im Wege einer Widerklage zu verbinden, und dadurch eine dem Nichtgkeitseinwand praktisch gleichkommende Wirkung zu erzielen[88]. Das Ge-

---

85) "Unsatisfactory all-or-nothing approach": Note 27 Chi. L. Rev. 758, 776 (1960). Entsprechend Wood, Unenforceable Contracts and Other Consequences, V. A. B. A. 159 (1954).

86) "This of course", so heißt es auf S. 753, "is the principle of suit for triple damages. But that is not the principle of the defense here urged." Justice Jackson macht dann außerdem noch auf zwei unerwünschte Erscheinungen aufmerksam, die die Gewährung eines solchen Einwandes veranlassen könnte 1. Kreditverweigerung gegenüber kleineren Käufern, da bei Ware-gegen-Wa Käufen ein unliebsamer Prozeß jedenfalls vermieden werden kann. 2. Begrü dung einer neuen Diskriminierung zwischen Kredit- und Barkäufern, da nur die ersteren den Einwand geltend machen können.

87) Auf diese Entscheidung wird später im Zusammenhang mit den Untersuchungen zum Schadensersatzrecht näher einzugehen sein.

88) Morand Bros. Beverage Co. v. National Distillers and Chem. Corp., 1959, Trade Cases 69, 555 (D.C.N.D. 111. 1959).

richt, das über einen solchen Anspruch zu entscheiden hatte, glaubte sich jedoch durch Kelly v. Kosuga gebunden und verneinte außerdem für die gegen Entrichtung des Restkaufpreises gerichtete Widerklage einen genügenden Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch.

V. Zusammenfassung

Versuchen wir nun, nach dieser Darstellung der wichtigsten Fälle die derzeitige Rechtslage zusammenzufassen, so drängen sich folgende Unterscheidungen auf:

1. Ein Teilnehmer oder ein Organ einer unerlaubten wettbewerbsbeschränkenden Vereinigung verkauft zu den abgesprochenen Bedingungen an einen außenstehenden Kunden, ohne diesen über die bloße Kaufverpflichtungen hinaus zu binden:
   Für diesen Fall muß die Entscheidung im Connolly Fall weiterhin bestimmend sein. Der Kaufvertrag bleibt eine selbständige Einheit und wird durch den Umstand, daß ein Vertragspartner gleichzeitig gegen Antitrustgesetze verstößt, in seiner rechtlichen Wirksamkeit nicht berührt[89], es sei denn, daß ganz ausnahmsweise das öffentliche Interesse eine abweichende Beurteilung verlangt[90].

2. Ein Einzelvertrag zwischen Verkäufer und Käufer enthält außer den üblichen Kaufpreisvereinbarungen auch wettbewerbsbeschränkende Abreden wie Preisbindung, Ausschließlichkeitsklausel oder Marktaufteilungsabsprache, die unter den gegebenen Umständen unzulässig sind. Die Durchsetzbarkeit der bloßen Kaufverpflichtungen hängt dabei davon ab, ob sich diese von den weiteren Vereinbarungen trennen lassen. Dafür sind vor allem zwei Gesichtspunkte entscheidend:

---

89) Für diese Regel lassen sich anführen: Williston, § 1661; Corbin, § 1529; Connolly v. Union Sewer Pipe Co., 184 U.S. 540 (1902); Dennehy v. Mc Nulta, 86 Fed. 825 (1898); Dr. Wilder Mfg. Co. v. Corn Products Refining Co., 236 U.S. 165 (1915); Paine Lumber Co. v. Neal, 244 U.S. 459 (1917); Geddes v. Anaconda Copper Mining, 254 U.S. 590 (1921); National Distilling v. Cream City, 86 Wis. 352 (1893); Higgins v. California Prune and Apricot Growers, 273 U.S. 781 (1927), nach 16 F. 2d 190 (2nd Cir. 1927); Milliken Tomlinson v. American Sugar Refining Co., 9 F. 2d 809 (1st Cir. 1926); Sinclair Refining Co. v. Wilson Gas and Oil Co., 52 F. 2d 974 (D.C.S.C. 1931); Harrison v. Glucose Sugar Refining Co., 116 Fed. 304 (7th Cir. 1902).

90) Steele v. Drummond, 275 U.S. 199 (1927).

a) ob bereits einer der Vertragspartner vorgeleistet hat. In diesem Fall scheinen die Gerichte nicht gewillt, dem Empfänger die Leistung ohne Gegenopfer zu belassen. Der Kläger, der diese Gegenleistung verlangt, wird sich auf seinen Vertragsanspruch verlassen können[91].

Ist der Vertrag jedoch noch von keiner Seite erfüllt, so ist der nächste entscheidende Gesichtspunkt:

b) ob Leistung und Gegenleistung auch ohne Berücksichtigung der wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtung in einem angemessenen Verhältnis stehen[92]. Trifft dies zu, so wird das Gericht geringere Bedenken haben, durch sein Urteil wettbewerbswidrigen Zielen Vorschub zu leisten und Ansprüche auf Erfüllung des Kaufvertrages anerkennen[93].

3. Vertikale Beschränkungen gelangen in den Einzelvertrag in Verfolg horizontaler Absprachen. Hier besteht für den Kläger die Gefahr, daß sich das Gericht mit den unter oben 2. beschriebenen Kriterien nicht begnügt und Rechtsschutz dann verweigert, wenn auch der Einzelvertrag als Glied eines wettbewerbsbeschränkenden Systems erscheint[94].

4. Ist die Übertragung von Immaterialgütern Gegenstand des Einzelvertrages, so kann in Fällen eines wettbewerbsbeschränkenden Mißbrauchs der Rechte das Gericht sämtliche Privilegien aberkennen und damit auch den Gebührenklager die Begründung entziehen[95].

---

91) Dafür sprechen folgende Fälle: Gasoline Products Co. v. Champlin Refining Co., 46 F. 2d 511 (D.C.D.Me. 1931); Loew's v. Sommerville, 148 A.2d 599 (1959); Turner Glass Corp. v. Hartford Empire Co., 173 F. 2d 49 (7th Cir. 1949).

92) Kelly v. Kosuga, 1958 Trade Cases 69, 062, affd. 358 U.S. 516, 79 S.Ct. 429 (1959); U.S. Hoffman v. Valeteria Cleaners, 1956 Trade Cases 68, 452; Beloit Culligan Soft Water Service v. Culligan, Inc., 274 F. 2d 29 (1959); Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Comp., 276 F. 2d 766 (1960), rev'd. on other grounds 365 U.S. 320, 81 S.Ct. 623 (1961).

93) Small v. Lamborn Co., 267 U.S. 248 (1925).

94) Continental Wall Paper Co. v. Louis Voight & Sons Co., 212 U.S. 227, 29 S.Ct. 280 (1909); Sbicca Del Mac, Inc. v. Millins Shoe Co., 36 F. Supp. 623 (D.C.D. Mass. 1940); First National Pictures v. Pappe, 39 P. 2d 526; U.S. v. Bausch and Lomb Optical Co., 321 U.S. 707 (1944).

95) B.B. Chemical Co. v. Elmer A. Ellis, 314 U.S. 495 (1941); Morton Salt Co. v. Suppiger Co., 314 U.S. 488 (1941); Sola Electric Co. v. Jefferson Co., 317 U.S. 173 (1942); Katzinger Co. v. Chicago Metallic Mfg. Co., 329 U.S. 394 (1947); Mc Gregor v. Westinghouse El. & Mfg. Co., 329 U.S. 402 (1947).

5. Einseitiger Wettbewerbsverstoß kann nicht im Wege einer auf Schadensersatz gerichteten Widerklage eine Durchsetzung einzelvertraglicher Ansprüche hindern[96].

Diese Rechtslage ist weniger die Folge dogmatischer oder systematischer Grundsätze des amerikanischen Vertragsrechtes, sondern mehr das Ergebnis einer rechtspolitischen Wertung und Entscheidung. Der dehnbare Rechtssatz des Common Law, daß Gerichte ihre Hilfe zur Vollendung gesetzwidriger Vorhaben in jeder Form versagen, hätte für eine Anerkennung des Nichtigkeitseinwandes auch im Falle Ziff. 1 gegen die Ansprüche lediglich kartellgebundener Vertragsgegner gesprochen. Nur überwiegende Bedenken, die seiner Anwendung entgegenstanden, könnten den Verzicht auf eine so einschneidende Gegenmaßnahme gegen Antitrustverletzungen erklären. Dabei standen von den im einleitenden Kapitel angedeuteten, für die Beurteilung von Privatsanktionen maßgebenden Gesichtspunkten vor allem die Förderung des öffentlichen Interesses, die Anforderungen der Rechts- und Verkehrssicherheit und die Einsicht in die Schwierigkeit und gleichzeitig unvermeidbare Problematik praktischer Verwirklichung der Zulassung des Unwirksamkeitseinwandes und in entsprechender Weise der Annahme einer Untrennbarkeit von Austausch- und Beschränkungsversprechen im Einzelvertrag entgegen.

a) In keiner der angeführten höchstrichterlichen Entscheidungen[97] wurde der Überlegung Gewicht beigemessen, ob nicht in dieser Form der Rechtsschutzverweigerung die Ziele der im Allgemeininteresse verfolgten Antitrustpolitik wirkungsvoll gefördert würden. Im Gegenteil schien sogar die Befürchtung zu überwiegen, daß die Anerkennung der Zulässigkeit des Einwandes übergeordneten öffentlichen Interessen Abbruch tun könnte. Dabei hatte vor allem die Überlegung Gewicht, daß andernfalls bedeutende Produktions- und Handelsgruppen wegen vielleicht nur geringfügiger Verstöße ganz vom Markt ausgeschlossen wären, falls sie nicht das Risiko undurchsetzbarer Gegenleistungsansprüche eingehen wollten[98]. Jedenfalls hätte die Gestattung des Einwandes eine wesentliche Beschränkung der Kreditgeschäfte durch die übermäßige Erhöhung des Vorleistungsrisikos zur Folge haben müssen, was gerade bei der weiten Verbreitung des Kreditkaufs in Amerika eine erhebliche Beeinträchtigung des gesamten Handelsverkehrs bedeutet hätte. Ferner schien es auch mit dem öffentlichen Interesse an gerechtem Güteraustausch nicht vereinbar, daß allein der Verkäufer, mit dem der Käufer im Zweifelsfalle ohne-

---

96) Morand Bros. Beverage Co. v. National Distillers & Chem. Corp., 1959 Trade Cases 69, 555.

97) Dagegen gewann dieser Gesichtspunkt Beachtung und ausschlaggebende Bedeutung in Tampa El. Co. v. Nashville Coal Co., 276 F. 2d 773 (6th Cir. 1960).

98) Vgl. oben 2. Kap. § 3 Fußnote 19.

dies und zu den gleichen Vertragsbedingungen abgeschlossen hätte, sich eine einseitige Antitrustverletzung zurechnen lassen mußte. Wegen der Beschränkungen des amerikanischen Bereicherungsrechts hätten die Folgen einer derartig vergröbernden alles-oder-nichts Entscheidung auch nicht angemessen ausgeglichen werden können.

Außerdem wollte man eine mögliche Störung öffentlicher Belange vermeiden, die sich daraus hätte ergeben können, daß sich jeder einzelne Vertragspartner, dem naturgemäß sein eigener Vorteil am nächsten steht, zu einer unabhängigen und unverantwortlichen Verfolgungsbehörde aufschwingen konnte, ohne Rücksicht darauf, ob die öffentlichen Verfolgungsabehörden im Rahmen des ihnen eingeräumten Ermessensspielraums Maßnahmen überhaupt für sinnvoll und erwünscht hielten. Umgekehrt drohte die Gefahr, daß durch Privatklagen diejenigen, die sich über die Antitrustgesetze hinweggesetzt hatten, voreilig gewarnt und dadurch eingehende Ermittlungen der Behörden verhindert oder zumindest erschwert würden[99].

Schließlich schreckte vor dieser Form möglicher Privatsanktionen noch die Ansicht, daß die für Vertragskalgen primär zuständigen Gerichte der Einzelstaaten inzident über die Zulässigkeit einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung nac Bundesrecht und über die Anwendbarkeit der rule of reason zu entscheiden hätten. Vor allem schien auch die Folge, daß dann Bundesgerichte im Schadensersatzverfahren zwischen denselben Parteien zu einer abweichenden Beurteilung gelangen konnten, äußerst mißlich[100].

b) Entsprechende Überlegungen zur bestmöglichen Wahrung des öffentlichen Interesses führten auch unter Beachtung der Anforderungen der Rechts- und Verkehrssicherheit zu einer Ablehnung des Gegeneinwandes. Zuständigkeitsverschiebungen und Zufälligkeiten, die die ungerechte Bevorzugung eines Vertragspartners bedingen konnten, schienen damit ebensowenig vereinbar, wie sie dem Allgemeininteresse an wirksamer Antitrustdurchsetzung förderlich sein konnten. Daz trat in diesem Zusammenhang das Bedenken, daß aus einfachsten Kaufrechtsstreitigkeiten durch Geltendmachung des Einwandes Monstreverfahren werden konnten die nur zur Entscheidung der Vorfrage, ob überhaupt auf Seiten einer Partei ein

---

99) Dieses Argument benützte insbesondere Chief Justice White in Wilder Manufacturing Co. v. Corn Products Refining Co., 236 U.S. 165 (1915).

100) Deutliches Beispiel ist die abweichende Entscheidung von Einzelstaats- und Bundesgerichten zur Frage der Verletzung des Robinson-Patman Acts in Bruce's Juice v. American Can Co., siehe dazu oben unter III.

Antitrustverstoß vorgelegen hatte, einen verfahrensmäßigen Aufwand erforderten, der in keinem Verhältnis zum Streitgegenstand des Verfahrens stand[101]. Die Rechtssicherheit, die ein zuverlässiges und der Bedeutung des geltendgemachten Anspruchs angemessenes Klage- und Vollstreckungsverfahren voraussetzt, wäre auf diese Weise in stärkste Mitleidenschaft gezogen worden.

c) Praktikabilitätsgesichtspunkte ergaben ein weiteres Hindernis. Die Einsicht in die nach Maßstäben der Gerechtigkeit unbefriedigende alles-oder-nichts Lösung bei uneingeschränkter Anerkennung des Einwands hatte Überlegungen angeregt, ob nicht der Einwand so beschränkt werden könnte, daß er sich nur noch gegen die gerade durch die Wettbewerbsverletzung bedingten Einzelvertragsbestandteile richtete. Eine solche Möglichkeit, die nur in einem Fall zur Preisdiskriminierung eingehendere Erwägung fand[102], wurde selbst dort als praktisch undurchführbar verneint. Der Zusammenhang mit einem einfachen Kaufrechtsstreit mußte genaueren Beweis als unverhältnismäßige Anforderung und als unvertretbare Erschwerung der Vertragsklage erscheinen lassen. Die Schadensersatzklage bot sich für einen solchen an Einzelinteressen bemessenen Ausgleich als der passendere Rechtsbehelf an.

d) Abschließend noch ein Wort zur augenblicklichen Tendenz für oder gegen die Aufgabe der nur sehr beschränkten Anerkennung des Unwirksamkeitseinwands unter bestimmten Sonderumständen. Trotz der gerade in jüngster Zeit vergrößerten Bedeutung, die dem Privatkläger zugedacht wird, und trotz der unbestrittenen Lücken im privaten Rechtsschutz[103] ist es nicht wahrscheinlich, daß die Gerichte dieser Wandlung durch eine freizügigere Anerkennung des "Illegality and Unenforceability" Einwands gerecht werden. Das Interesse konzentriert sich in diesem Zusammenhang ausschließlich auf den Bereich des Schadensersatzrechtes[104]. Hier scheint sich die Rollenverschiebung zwischen staatlichen Antitrustbehörden und dem Privatkläger in einer aufgeschlosseneren Haltung gegenüber den Beweisbürden des Schadensersatzklägers zu spiegeln, was in der anschließenden Untersuchung zu prüfen sein wird.

---

101) Dazu Wood, V A.B.A 165

102) Bruce's Juices v. American Can Co., 330 U.S. 743 (1947).

103) Lockhart, a.a.O., S. 570.

104) Lockhart, a.a.O., S. 571 geht genau umgekehrt vor. Er resigniert mit dem bisherigen Versagen des Schadensersatzanspruches als wirksame Sanktion und bemißt den rechtspolitischen Wert der Anerkennung des Nichtigkeitseinwands danach, ob dieser nur etwa geringeren Schwierigkeiten ausgesetzt ist.
Eine eigenständige Bedeutung messen dem Nichtigkeitseinwand ferner zu: Note: Enforceability of Contracts which Violate the Robinson Patman Act, 55 Yale L. J. 820 (1946).

§ 4 DER ANSPRUCH AUF SCHADENSERSATZ

I. Entwicklung und Bedeutung

1. Verlauf der Entwicklung

Das amerikanische Antitrustrecht stellt mit der Gewährung von Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch[1] Mittel zur Verfügung, die geeignet sind, der Verwaltung einen Teil ihrer Aufgaben zur Rechtsverfolgung zumindest zu erleichtern und ihr eine auf privater Initiative beruhende Unterstützung zu schaffen. Damit können dem Privatkläger vor allem zwei Aufgaben zufallen: 1. Die den staatlichen Behörden verborgen gebliebenen Verletzungen vor die Gerichte zu bringen und 2. durch Einzelklagen im Anschluß an gerichtliche Ent-

---

1) Secs. 4, 16 Clayton Act.
Der Wortlaut der wichtigeren Sec. 4 lautet:
That any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.
Diese Bestimmung trat an die Stelle der gleichlautenden Sec. 7 Sherman Act; nach Sherman Act allein kann daher heute nur noch einfacher Schadensersatz verlangt werden (Rogers v. Douglas Tobacco Board of Trade, 244 F. 2d 471 (5th Cit. 1957) entgegen Sun Theatre Corp. v. RKO Radio Pictures Inc., 213 F. 2d 284 (7th Cir. 1954).
Die vorliegende Arbeit befaßt sich allein mit dem Antitrustrecht auf Bundesebene. Daneben haben auch noch eine ganze Reihe von Einzelstaaten besondere Gesetze, die aber bei der weiten Auslegung des Begriffes des "Interstate Commerce" ohne große praktische Bedeutung sind. 22 dieser Staaten haben Sondervorschriften für Schadensersatzansprüche, davon 11 nach Vorbild des Sherman bzw. Clayton Act, die Ansprüche für jeden Schaden gewähren und 2, die Ersatz nur bei Geschäfts- nicht auch bei Vermögensschädigung vorsehen. In den übrigen Staaten kann Ausgleich u.U. immer noch nach Common Law verlangt werden. Vgl. noch Note: The Role of State Law in Federal Antitrust Treble Damage Actions, 75 Harv. L. Rev. 1395 (1962).

scheidungen, in denen, sei es auf straf- oder zivilrechtliche Klagen der Regierung hin, ein Rechtsverstoß bereits festgestellt ist, diesen eine noch durchgreifendere Wirkung zu verleihen.

Während der Unterlassungsanspruch im Privatklageverfahren ohnedies meist nur ein Mitläufer des Schadensersatzanspruches ist, hat auch letzterer selbst erst im Verlauf der ungefähr letzten 20 Jahre ein größeres und der angedeuteten wichtigen Funktion eher entsprechendes Interesse in Wissenschaft und Praxis erfahren. Als etwa in der Mitte der dreißiger Jahre auf dem Gebiet des Schadensersatzrechtes eine den Kläger mehr und mehr begünstigende Entwicklung einsetzte, blieb diese auch auf dem Gebiet des Antitrustrechtes nicht wirkungslos[2]. Vor allem die bisher strengen und damit in diesem Bereich fast unerreichbaren Beweisanforderungen an den Kläger erfuhren fortschreitende Erleichterungen, die die "treble damage action" des Antitrustrechtes wieder zu neuem Leben, oder genauer zu ihrem ersten Leben erweckten[3]. In der Anfangszeit, d.h. während der ersten 50 Jahre seit der Verabschiedung des Sherman Act, hatte sie nur eine fast bedeutungslose Stellung[4]. Immer einmal wieder versuchten geschädigte Kläger auf dem durch dreifachen Schadensersatz lukrativen und daher verlockenden Weg einen Ausgleich ihres Schadens zu erreichen, jedoch war der Prozentsatz an erfolgreichen Klagen unter der an sich geringen Zahl anhängig gewordener Schadensersatzprozesse verschwindend gering[5]. Erst mit der weit liberaleren Beurteilung der vor allem zum Schadensnachweis angebotenen Beweismittel erhöhte sich die Zahl der Verfahren zusehends und stieg vor allem nach Beendigung des zweiten Weltkrieges sprunghaft in die Höhe[6]. Diese Entwicklung scheint bis heute ihre Grenzen noch

---

2) Donovan & Irvine, Proof of Damages under the Antitrust Laws, 88 U. of Pa. L. Rev. 511 (1940).

3) Doyle, Treble Damages and Counsel Fees, V A.B.A. 142 (1954) schreibt: "Long considered a failure, more recently characterized as a bonanza, the treble damage suit begins to show signs of maturity."

4) Note: Fifty Years of Sherman Act Enforcement, 49 Yale L. J. 284 (1940).

5) Während der ersten 50 Jahre sind insgesamt nur 175 Klagen bekannt geworden, von denen lediglich 13 eine Entscheidung zugunsten des Klägers erfuhren (Att. Gen. Rep. S. 378). Diese sind bei Mc Connel, The Treble Damage Issue: A Strong Dissent, 50 N.W.L.Rev. 342 (1950) namentlich aufgeführt.

6) Allein von 1947-1951 vermehrte sich die Zahl anhängiger Schadensersatzklagen von 118 auf 367 und von 1951 bis 1956 wurden mehr als 1.000 Schadensersatzklagen eingebracht (Att. Gen. Rep. 378; 662 House Doc s. No. 240 85th Congress).

nicht erreicht zu haben und in der auf die jüngste Verurteilung der bedeutendsten Unternehmen der Elektroindustrie[7] folgende Welle von Schadensersatzklagen einen neuen Gipfel zu erreichen. Mit dieser Zunahme an praktischer Bedeutung ist auch das Interesse im Schrifttum fast im Übermaß gestiegen, sodaß die nach wie vor sehr schwierigen Einzelfragen in einer kaum mehr übersehbaren Vielzahl juristischer Arbeiten aufgegriffen wurden.

Ohne im einzelnen eine Schwergewichtsverteilung anzustreben, lassen sich daraus die nachstehenden, dem Schadenersatzanspruch zugedachten Aufgaben zusammenstellen: 1. Ausgleich eines erlittenen finanziellen Schadens; 2. Abschreckung von Antitrustverstößen, die vor allem durch die Verdreifachung der Ersatzpflicht erreicht werden soll[8]; 3. Zusätzliche Verfolgung von Antitrustverstößen zur Unterstützung der staatlichen Behörden[9].

2. Eigenständigkeit des Anspruchs

Dieser letzten Aufgabe der Unterstützung staatl. Antitrustverfolgung konnten die Schadensersatzklagen auch nach Beginn der liberaleren Periode am wenigsten gerecht werden. Wenn auch die Anforderungen an den Schadensnachweis etwas gemäßigt wurden, so standen doch noch immer die enormen Anforderungen eines Prozesses, in dem den Beklagten erst einmal ein Wettbewerbsverstoß nachgewie-

---

7) Urteil vom 7. Februar 1961.

8) Ein drohender Ersatzanspruch, der in vielen Fällen auf einige hunderttausend Dollar gerichtet ist, hat eine ganz andere Wirkung als die Inaussichtstellung einer im übrigen noch steuerlich abschreibbaren Geldstrafe von maximal $ 50.000.

9) Dies betonen der Reihe nach die Direktoren der Antitrustabteilung im Justizministerium: Morrison , Hearings before the Subcommittee on Study of Monopoly Power of the Committee of the Judiciary H.R. 82nd Congr. 1st Sess.; Howrey, Hearings before Subcommittee No. 3 of the Committee on the Judiciary, H.R. 83nd Congr. 1st Sess.; Barnes, Proceedings at the spri meeting A.B.A. Sect. Antitrust, 1954; Hansen, Hearings before a Subcommittee of the Select Committee on Small Business, 85th Congr. 2nd S Bicks, The Department of Justice and Private Treble Damage Action, IV Antitrust Bull. 5 (1959); Loevinger, Treble Damage Litigation and the Small Business Man, 16 A.B.A. 106.
Dabei ist vor allem auch zu betonen, daß Privatansprüche dem Einzelfall besser angemessene Mittel der Rechtsverfolgung sind und damit auch beitragen können, gefährliche Vergröberungen auf dem infolge gesetzl. Unbestimmtheiten sehr flexiblen Gebiet des Antitrustrechts zu vermeiden. Sieh

sen werden mußte, einer selbständigen Privatklage im Wege[9a]. Dazu trat dann noch die Furcht des Einzelklägers vor den Vergeltungsmaßnahmen des meist mächtigeren Gegners[10] und vor den überaus hohen Kostenanforderungen, um einen solchen Prozeß überhaupt durchstehen zu können[11]. So kann es nicht verwundern, daß die bei weitem größte Zahl von Schadensersatzklagen sich an vorausgegangene erfolgreiche Klagen der Regierung anschloß, wofür der Socony Oil- und der Paramount Pictures - Fall überzeugende Beispiele sind[12]. Noch im Jahre 1959 hat der damalige Leiter der Antitrustabteilung im amerikanischen Justizministerium den Anteil solcher Folgeklagen mit 76 - 78 % angegeben[13]. Dieses Zusammenspiel öffentlicher und privater Rechtsverfolgung ist durch eine besondere gesetzliche Bestimmung bestimmt und begünstigt. Als wichtige Ausnahme von den Grundregeln des Prozeßrechtes erlaubt § 5 Clayton Act dem Schadensersatzkläger eine vorausgegangene Verurteilung derselben Beklagten in einem von der Regierung verfochtenen gerichtlichen Verfahren als "prima facie" Beweis in seinen Schadensersatzprozeß einzuführen[14]. Dadurch erlangt der Kläger eine wesentliche Beweiserleichterung für alle die Fragen, die in früheren Verfahren Streitgegenstand waren. Zwar nimmt ihm auch diese Sondervorschrift die Beweislast

---

dazu Adelman, Effective Competition and the Antitrust Laws, 61 Harv. L. Rev. 1289, 1348 (1947). Ein weiterer Gesichtspunkt, der die Bedeutung der Privatklagen unterstreicht, ist, daß dadurch eine kontinuierlichere Rechtsverfolgung möglich ist, als dies von wechselhafter Regierungspolitik zu erwarten ist.

9a) Mc Allister, The Big Case: Procedural Problems in Antitrust Litigation, 64 Harv. L. Rev. 27 (1961)

10) Vgl. Lockhart a.a.O. S. 571; Loevinger, Treble Damage Litigation and the Small Business, 16 A.B.A. 106, 113: "... may win his case and loose his business."

11) Ein erfahrener amerikanischer Anwalt schätzte diese ganz abgesehen von seinem eigenen Honorar mit bereits $ 25.000, um überhaupt einen Prozeß beginnen zu können.

12) Der Socony Oil Fall zog über 40 Einzelklagen hinterher.

13) Bicks, The Department of Justice and Private Treble Damage Action, IV Antitrust Bull. 5 (1959).
Hansen, The Role of Private Antitrust Enforcement in Protecting Small Business, Hearings before a Subcommittee of the Select Committee on Small Business, U.S. Senate 85th Congress 2nd Session 3-4. März 1958 S. 141, schätzt sogar auf über 90%, zumindest zur Blütezeit der Klagen aus der Filmindustrie.

14) Vor Erlaß dieser Bestimmung war ein solches Urteil nicht einmal als einfaches Beweismittel im nachfolgenden Prozeß zulässig gewesen: Buckeye Powder Co. v. I. du Pont de Nemours Powder Co., 248 U.S. 55, 63 (1918).

nicht ab[15], die theoretisch weiterhin dem Kläger auferlegt bleibt. Die praktischen Fälle zeigen jedoch, daß den Beklagten nur eine ganz geringfügige Chance verbleibt, sich des Makels der früheren Verurteilung zu entledigen, sodaß in der tatsächlichen Auswirkung eine Umkehr der Beweislast geschaffen ist[16].

3. Besondere Vergünstigungen

Der Schadensersatzkläger kann daher - wie sich Doyle [17] anschaulich ausdrückt - die Hälfte des Weges zum Erfolg auf dem vorausgegangenen Verfahren reiten. Das schwierige Gelände jedoch - um bei diesem Bild zu bleiben - folgt erst auf der zweiten Wegstrecke, wo es gilt, von dem nunmehr feststehenden Antitrustverstoß einen Schaden abzuleiten, der sowohl seiner Entstehung als auch seiner Höhe nach bestimmt genug ist, um dem Gericht eine ausreichende Handhabe für ein stattgebendes Urteil zu verschaffen. An dieser Anforderung scheiterten die meisten der ohnedies in der großen Überzahl befindlichen abgewiesenen Kläger. Die Schwierigkeit, in einem verflochtenen Wirtschaftsablauf gewissen Wettbewerbsverstößen einen in Dollar ausdrückbaren Schaden zuzuordnen, schien zunächst sogar fast unüberwindbar. Erst die Erkenntnis, daß den privaten Schadensersatzklagen eine wichtige Funktion im Rahmen der Antitrustbewegung zukam, führte dann zu Erleichterungen der Beweisführungsvorschriften und der Beweisanforderungen [18], die zusammen mit den anderen Begünstigungen, wie Erleichterung der formellen Beweisführungsvorschriften[19], steuerliche Sonderbehandlung des Schadensbetrages[20], Ersatz der Anwaltskosten[21], die Schadensersatzklage

---

15) Um "prima facie evidence" zu entkräften, muß der Gegner neue, glaubhafte Behauptungen aufstellen ("to come forward with evidence"), die geeignet sind, den Gegenbeweis gegen die Klagebehauptungen zu liefern. Vgl. Doyle, Treble Damages and Counsel Fees, V A.B.A. Sect. Antitrust 142, 144 (1954) Mc Donald, "Proof of Conspiracy: The Prima Facie Rule", CCH Antitrust Law Symposium 1952 S. 59 und Day, Defense of an Antitrust Proceeding, V A.B.A. 65, 90 (1954).

16) Seeley, The Pitfalls which Lurk in Government Litigation for Defendants who May Be Subjected to Treble Damage Actions, IV Antitrust Bull. 17, 19 (195

17) a.a.O. S. 144.

18) Diese Entwicklung entspricht genau dem Grundprinzip des Beweisrechtes, wonach sich die Beweisanforderungen nach dem Zweck, der durch den in Frage stehenden Anspruch erreicht werden soll, richten: Restatement of the Law of Torts, Vol IV § 901.

19) Federal Rules of Civil Procedure von 1938.

20) Vgl. dazu unten VIII.

21) Im allgemeinen kennt das amerikanische Recht keine Verpflichtung der unte

wieder aussichtsreicher und verlockender erscheinen ließen. Dagegen scheint die Verdreifachung des Ersatzanspruches den Absichten des Gesetzgebers [22] zuwider zwar manchen Kläger zu einem verlockenden Versuch verleitet zu haben, im Effekt aber die Bedeutung dieses privaten Kampfmittels eher geschwächt zu haben, da sich die Gerichte vor der Zuerkennung eines vervielfachten Ersatzanspruches, solange dieser nicht einwandfrei feststand, verständlicherweise scheuten und diese Scheu durch besonders strenge Beweisforderungen bekundeten[23]. Trotz aller dieser hier nur summarisch aufgezeigten Gegengewichte darf der Schadensersatzklage bereits heute eine herausragende Bedeutung im amerikanischen Antitrustrecht zugesprochen werden[24]. Es erscheint weder voreilig noch übertrieben, zu behaupten, daß die Auswirkungen der "treble damage actions", was Abschreckung und Sanktion anbelangt, heute bereits den von der Regierung eingeleiteten Maßnahmen gleichgestellt werden können, ja mehr noch, daß die letzteren erst durch die drohenden nachfolgenden Ersatzprozesse zu gefürchteten Sanktionen werden[25]. Dieses Urteil drängt sich bereits zu einem Zeitpunkt auf, in dem sich

---

liegenden Partei, auch die Anwaltskosten des Gegners zu ersetzen. U.a. macht davon Sec. 4 Clayton Act eine Ausnahme. Die Angemessenheit der Honorarforderung unterliegt der gerichtlichen Nachprüfung. Fälle gerichtlicher Kostenherabsetzung besprechen Clark a.a.O. S. 411 ff. und Doyle a.a.O. S. 155 - 158.

22) Dreifach-Ersatzansprüche bei Antitrustverletzungen werden außer in Sec. 4 Clayton Act gewährt in: Sec. 810 Merchant Marine Act (49 Stat. 2014; 46 U.S.C. 1228; 1936); Sec. 77 Wilson Tariff Act (28 Stat. 570; 15 U.S.C. 8-11, 1894); Sec. 801 Antidumping Provision of Revenue Act (39 Stat. 798; 15 U.S.C. 72; 1916).

23) Clark, The Treble Damage Bonanza: New Doctrines of Damages in Private Antitrust Suits, 52 Mich. L.Rev. 363 (1954). Harrison v. Paramount Pictures, 115 F. Supp. 312 (D.C.D.Pa 1953).

24) Loevinger I, Treble Damage Litigation and the Small Business Man, 16 A.B.A. 106, 113 (1960); Loevinger II, Private Action the Strongest Pillar of Antitrust, III Antitrust Bull. 167, (1958); Neale, The Antitrust Laws of the U.S. (1960), S. 388.

25) Dafür sprechen Zahlen und Höhe der registrierten Klagen noch nicht allein. Eine Umfrage bei führenden Anwaltsfirmen hat vielmehr ergeben, daß ca. 25 % aller Schadensklagen schon außergerichtlich beigelegt werden und eine bei weitem größere Zahl gar nicht erst bis vor die Gerichte führt (vgl. Angaben bei Bicks a.a.O. S. 8).

die Rechtsprechung noch immer nicht auf feste Grundsätze stützen kann, und eine Entwicklungsperiode noch nicht abgeschlossen erscheint[26], die aus einer leeren Vorschrift im Gesetz, eine mächtige Waffe im Dienste einer Wettbewerbswirtschaft gebildet hat.

II. Die Rechtsnatur des Anspruchs

1. Straf- oder Ausgleichsfunktion ?

Die Frage nach dem Schutzbereich und dem Schutzzweck einer bestimmten Norm war schon immer ein wesentliches Kriterium der Gesetzesinterpretation und -anwendung für den am von engen dogmatischen Fesseln befreiten Common Law geschulten angloamerikanischen Juristen. Entsprechend hatte auch die Entscheidung, ob bei dem dreifachen Ersatzanspruch die Ausgleichs- oder Straffunktion überwiegt, für die Lösung wichtiger Einzelfragen großes Gewicht. Vor allem Zweifel bei der Klagelegitimation und noch mehr solche bei der Schadensbestimmung fanden erst eine der Vorfrage "penal or compensatory" entsprechende Lösung[27]. Nun ist die Vervielfachung des Schadens im Ersatzanspruch keine ausgefallene Besonderheit gerade des Antitrustrechts, sondern findet sich in einer ganzen Reihe weiterer Gesetze[28]. In den meisten dieser Fälle ist der Strafzweck des den erlittenen Schaden übersteigenden Ersatzanspruches deutlich. Im Bereich des Antitrustrechtes läßt sich dagegen mit einiger Berechtigung argumentieren, daß auch in dem dreifachen Ersatz nur der, wenn auch pauschalierte Ausgleich[29] für erlittenen Schaden zu sehen ist, der sich in seinem vollen Ausmaß einfach nicht bestimmen läßt[30]. Damit wären dann 2/3 des Ersatzanspruches als eine Art "liquidated damages" anzusprechen, die einen ge-

---

26) Loevinger I a.a.O. S. 114.

27) In Developments in the Law-Damages, 61 Harv.L.Rev. 113, 187 (1947/48) findet dies klaren Ausdruck. Allerdings gelangt diese Untersuchung zu dem Schluß, daß sich die Gerichte gerade infolge der widerstreitenden Gesetzeszwecke nicht auf eine einheitliche Linie hätten festlegen können und daher vor allem bei der Frage der Schadensbestimmung auf diese Hilfestellung verzichten mußten.

28) Eine Zusammenstellung dieser Bestimmungen findet sich in Hearings before Subcommittee No. 3 of the Committee on the Judiciary, H.R. 83rd Congr. 1st Sess. (1953).

29) Dem amerikanischen Schadensrecht entsprechend wird die Dreifach-Pauschal vielfach als "Liquidated damages" angesehen. Vgl. dazu Developments in the Law, Damages, 61 Harv.L.Rev. 113, 187 (1947/48); Liquidated Damages sind eine Art Vertragsstrafe (vgl. dazu 15 Am.Jur. § 240).

30) Vold, Are Threefold Damages under the Antitrust Act Penal or Compensa-

wöhnlich nicht ersetz-, da nicht beweisbaren Schaden vergüten. Damit allein ist aber die Frage noch nicht entschieden, solange nicht eine auf der Eigenart gerade des Antitrustrechtes beruhende Erklärung gefunden werden kann, warum hier die Grenzen des gewöhnlichen Schadensersatzrechtes überschritten werden. Die Gründe, die Vold[31] dafür vorträgt, scheinen nicht zu befriedigen. Weder die meist bestehende wirtschaftliche Unterlegenheit des Klägers noch eine zu Unrecht verallgemeinerte Rücksichtslosigkeit des Schädigers rechtfertigen eine Sonderbehandlung; den Schaden überwiegend in Bereichen zu suchen, die einem exakten Nachweis nicht zugängig sind, trifft zumindest heute nicht mehr zu. Somit bleibt nur noch der letzte und dafür aber auch allein maßgebende Grund: das große Interesse der Allgemeinheit am Schutz des Wettbewerbs[32] verlangt eine empfindliche Sanktion.

2. Schutz des Einzelnen oder der Allgemeinheit ?

Natürlich vermag dieser Grund die These von der bloßen Ausgleichsfunktion des Ersatzanspruches[33] nicht mehr zu stützen. Wir geraten damit vielmehr in einen Bereich, wo sich privates Schadens- und öffentliches Maßnahmerrecht zu einer untrennbaren Einheit verbinden[34]. Rufen wir uns die Aufgaben, die der Ersatzklage zugedacht sind und die Begründungen, die eine fortschrittliche Entwicklung im Beweisrecht brachten, wieder in Erinnerung, so läßt dies allein diese

---

tory ? 28 Ky. L. J. 117 (1939). Vold schreibt etwas pathetisch "It," das ist der auszugleichende Schaden, "includes the wide range of intangible and indeterminate accumulative actual harm wantonly inflicted by the rich and powerful upon his poor and defenseless victim" (S. 120).

31) a.a.O. S. 137 ff.

32) So heißt es in Lawlor v. National Screen Service Corp., 349 U.S. 322, 75 S. Ct. 865 (1955): "There is a public interest in vigilant enforcement of antitrust laws through instrumentality of private treble damage actions."

33) Anders noch die Entscheidungen: J.J. Theatres Inc. v. 20th Century Fox, 212 F. 2d 840 (2nd Cir. 1954) und Wolf Sales Co. v. Wurlitzer Co., 105 F. Supp. 506 (D.C.D.Col. 1952), die noch die bloße Ausgleichsfunktion betonen. Ebenso Vold, a.a.O. S. 157, der in dem Mehrbetrag den Ausgleich für nicht nachweisbare Wertverluste sehen will.

34) Cooper, Treble Damages - Reward for Private Enforcement of Federal Antitrust Laws, 32 Dicta 193 (1955), und Note: Antitrust Enforcement by Private Parties, 61 Yale L.J. 1010, 1011(1947/48), sprechen von einer "curious combination of public regulatory and private compensatory law".

letzte Auffassung richtig erscheinen. Dabei erscheint es nun allerdings verfehlt, eine Aufgliederung derart vorzunehmen, daß 1/3 des Ersatzes als Ausgleich und 2/3 als Strafe anzusehen sind[35]. Die Frage, ob die zusätzlichen zwei Drittel als Strafe für den Beklagten oder mehr als Lockprämie für den Kläger angesehen werden müssen, verliert vielmehr an Bedeutung, sobald wir die Doppelfunktion des Anspruches anerkennen. Dann nämlich wird die Strenge der Beweisanforderungen, die Schadensbestimmung und die Klägerlegitimation zu einer rechtspolitischen Frage, die nicht mehr nach Grundsätzen des Zivil- und Strafrechtes unterschiedlich zu entscheiden ist. Statt eine Unterscheidung in Zivil- und Strafanspruch zu suchen, ist es vielmehr notwendig, eine gegenseitige Abwägung der verbundenen privaten und öffentlichen Schutzzwecke vorzunehmen. Je nachdem hier dem einen oder anderen Bereich ein Übergewicht zugemessen wird, lassen sich rechtspolitische Anhaltspunkte gewinnen, denen dann bei der Entscheidung zweifelhafter Einzelfragen ausschlaggebende Bedeutung zukommen kann.

In dieser Weise suchen auch die Gerichte eine Charakterisierung des Anspruches zu erreichen. So betonte bereits die frühe Entscheidung in Glenn Coal Co v. Dickinson Fuel Co., daß der Hauptzweck der Antitrustgesetze und damit auch der Gewährung der Schadensersatzklage in einem Schutz für die Allgemeinheit zu sehen ist[36]. Mit dieser Begründung wies das Gericht dann auch die Schadensersatzklage einer Kohlenzeche ab, die infolge einer Boykottmaßnahme des beklagten Konkurrenzunternehmens einen beachtlichen Umsatzverlust und, zu billigeren Verkaufspreisen gezwungen, erhebliche finanzielle Einbußen erlitten hatte. Das Gericht gelangte zu der Überzeugung, daß der Marktanteil der beteiligten Unternehmen so geringfügig sei, daß das Allgemeininteresse davon unberührt und ein privatrechtlicher Ersatzanspruch deswegen nicht gegeben sei.

Dieses starke Überwiegen des Öffentlichkeitsschutzes scheint nun allerdings in den neuesten Entscheidungen des Supreme Court [37] wieder etwas gemindert, wobei eine oberflächliche Prüfung der Leitsätze sogar leicht einen noch krasseren

---

35) Koenig, Federal Taxation of Private Antitrust Recovery, 13 Stan.L.Rev. 264 (1961).

36) 72 F. 2d 885 (4th Cir. 1934) mit einer Bezugnahme auf Wilder Manufacturing Co. v. Corn Products Refining Co., 236 U.S. 165, 35 S.Ct. 398 (1915): "It is well known that the main purpose of the Antitrust Act was to protect the public from monopolies and restraint of trade and the individual right of action was but incidental and subordinate."

37) Radovich v. National Football League 352 U.S. 445, 77 S.Ct. 390 (1957); Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc. 359 U.S. 207 (1959); Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas Light & Coke Co., 364 U.S. 654, 81 S.Ct. 36 (1961).

Eindruck erwecken könnte. Vor allem das Urteil in Klor's, Inc. v. Broadway - Hale Stores, Inc. verleitete schnell zu einer solchen Interpretation[38]. Hier war der einem Gruppenboykott ausgesetzte Kläger bereits in zwei Instanzen mit seiner Ersatzklage abgewiesen worden[39], wobei das Berufungsgericht darauf abstellte, daß sich aus den vom Kläger vorgetragenen Behauptungen eine Gefährdung weder des Wettbewerbs noch der Marktversorgung ergebe, womit ein notwendiges öffentliches Interesse am Rechtsschutz entfalle[40]. Der Supreme Court gewährte "certiorari"[41], hob das Urteil auf[42] und führte in den Gründen aus, daß Gruppenboykott zu der Art von Wettbewerbsbeschränkungen gehöre, die Gesetzgeber und Common Law auch ohne Beziehung auf eine Allgemeinschädigung verurteilt hätten. Damit schien das Gericht von einer fast eindeutigen Rechtsprechungspraxis abgewichen zu sein, die jeweils den gesonderten Nachweis eines öffentlichen Interesses an der Rechtsverfolgung verlangt hatte[43]. Die Reihe der nachfolgenden Fälle, die auf dieses Urteil verwiesen[44], stellte jedoch klar, daß es dem Supreme Court lediglich darum zu tun war, eine Unterminierung seiner alten per se Rechtsprechung aufzuhalten[45]. Das Urteil muß also einschränkend

---

8) Vgl. The Supreme Court, 1958 Term, 73 Harv. L. Rev. 203 (1959).

9) 1956 Trade Cases 68, 495 (N.D. Cal.); 255 F. 2d 214 (9th Cir. 1958). Vgl. dazu die Besprechungen von Montgomery in 27 Geo. Wash. L. Rev. 378; Tromm in 57 Mich. L. Rev. 1244; 11 Stan. L. Rev. 338 (1959); 68 Yale L.J. 949 (1959); 73 Harv. L. Rev. 200 (1959).

0) Die Frage, ob die Beeinträchtigung eines öffentl. Interesses Klagevoraussetzung ist, findet ihre Parallele in dem Streit ob "injury to competition" allein, oder auch bereits "injury to competitors" den Tatbestand eines Antitrustverstoßes erfüllt. Siehe Kessler, Competition, Contract and Vertical Integration, 69 Yale L.J. 21, 38 (1959).

1) 358 U.S. 809 (1958).

2) s. Fußnote 37. Justice Black schrieb die Begründung, der sich 7 Richter anschlossen, während Justice Harlan nur dem Ergebnis beitrat.

3) Nash v. U.S., 229 U.S. 373, 376 (1913); Apex Hosiery v. Leader, 310 U.S. 469 (1940); Feddersen v. Ward, 180 F. 2d 519 (10th Cir. 1950); Ruddy Brook Clothes v. Brit. & Foreign Marine, 195 F. 2d 86, 89 (7th Cir. 1952); Hudson Sales Corp. v. Waldrip, 211 F. 2d 268 (5th Cir. 1954); Shotkin v. General Electric Co., 171 F. 2d 236 (10th Cir. 1948); Miller Motors v. Ford Motor Co., 1958 Trade Cases 68, 937 (4th Cir. 1958).

4) Vor allem Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas Light & Coke Co., 364 U.S. 654, 81 S.Ct. 365 (1961); außerdem: Parmelee Transp. Co v. Keeshin, 186 F. Supp. 533 (N.D. Ill. 1960); Banana Distrib. v. United Fruit Co., 1960 Trade Cases 69, 733 (S.D.N.Y. 1960); Cuyahoga Plastering Contractors Assn. v. Lennox Haldeman Co., 1960, Trade Cases 69, 629 (N.D. Ohio 1960).

5) Boye, Treble Damage Action Maintainable Against Group Boykotters without

so gelesen werden, daß es nur dann an einer besonderen Schädigung oder Gefährdung der Allgemeinheit fehlen darf, wenn der gerügte Verstoß an sich schon zur Gruppe der per se Verletzungen gehört, die ja auf der unwiderleglichen Vermutung basieren, daß sie unter allen Umständen dem öffentlichen Interesse zuwider laufen[46]. Die Abstrahierung des Allgemeinschutzes in der "per se rule"[47] darf daher nicht dazu führen, in deren konsequenter Anwendung einen Verzicht auf dieses Schutzziel in Einzelfällen zu sehen[48].

Nun bringt diese Folge der per se Rechtsprechung zweifellos eine Erleichterung für den Kläger, der in solchen Fällen einer zusätzlichen Beweislast enthoben ist. Überhaupt scheint eine Tendenz zu bestehen, derzufolge der Normalfall kaum Zweifel an dem betroffenen öffentlichen Interesse aufkommen läßt[49]. Damit ist aber das auf den überwiegenden Gesamtheitsschutz hindeutende Erfordernis keinesfalls aufgegeben, sondern lediglich in der weitaus größeren Zahl aller Fälle, vor allem wegen der Kettenreaktion gem. § 5 Clayton Act, nicht noch besonders behauptungs- und beweisdürftig. Dieses Allgemeininteresse an Antitrustverfolgung fand dann im Northern Pacific Railway Fall[50] noch eine genauere Darstellung: "Der Sherman Act", so schreibt Justice Black in der Begründung, "war bestimmt, als gesetzliche Garantie wirtschaftliche Freiheit und Unab

---

Showing Public Injury, 1959 U. Ill. L.F. 1090. Loevinger III, Handling a Plaintiff's Antitrust Damage Suit, IV Antitrust Bull. 29, 34.

46) Vgl. die grundlegende Entscheidung: U.S. v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).

47) Eine einfache und klare Darstellung der "per se rule" gibt Neale, The Antitrust Laws of the U.S. (1960) S. 34 ff.

48) Vgl. noch den Fall: Reliable Volkswagen Sales and Service Co. Inc. v. World Wide Autom. Corp., 1960 Trade Cases 69 , 644 (D.N.J. 1960).

49) So wurde z.B. in Richfield Oil Corp. v. Karseal Corp., 271 F. 2d 709 (9th Cir. 1959) entschieden, daß eine bereits vorausgegangene Gerichtsentscheidung in einem Regierungsverfahren unwiderlegbarer Beweis für das Bestehen öffentlichen Interesses an der Rechtsverfolgung sei. Im 87. Kongreß sind außerdem Gesetzanträge eingebracht, wonach für jede Privatklage die Verfolgung öffentlicher Interessen unwiderlegbar vermutet wird (H.R. 839 vom 3. Jan. 1961, und H.R. 7228).

50) Northern Pacific Railway Company v. U.S., 356 U.S. 1, 78 S. Ct. 514 (1958).

ängigkeit zu schützen. Sein Ziel war die Sicherung eines freien und unbeschränk-
en Wettbewerbs als Handelsprinzip. Er ist gerechtfertigt in der Annahme, daß
reier Wettbewerb zu einer normalen Ausnutzung des wirtschaftlichen Potentials
ührt, dabei niedrigste Preise, höchste Waren-Qualität und größte Steigerung des
ebensstandards bewirkt und gleichzeitig entsprechende Voraussetzung und Grund-
age zum Erhalt der politischen und sozialen Institutionen einer Demokratie bil-
et" 51). Auch diese Darstellung der Bedeutung des Wettbewerbsprinzips bringt
ochmals deutlich zum Ausdruck, daß es in erster Linie um ein Gesamtinteresse
eht, dessen Befriedigung dann dem Einzelnen erst indirekt zugute kommt[52]. In
einer Entscheidung des Supreme Court [53] zu unserem Problembereich findet
ich eine Umkehr dieses Verhältnisses der Unterordnung des Einzelnen zu den In-
eressen der Gesamtheit. Eine Vielzahl von Urteilen aller Instanzen[54] betont
ielmehr, daß die Befriedigung von Privatinteressen eine nur mittelbare Auswir-
ung der "treble damage actions" sein könne.

III. Die Voraussetzungen des Klageanspruchs

Neben dem Hauptprüfstein der Schadensklage, dem Schadensnachweis, finden
ie weiteren Voraussetzungen einer erfolgreichen Geltendmachung[55] nur unter-
eordnete Beachtung. Das Beweisproblem hat hier vielmehr eine weitgehende Be-
riffsverwirrung angerichtet, indem es vielfach ohne sachlichen Unterschied im
ereich des geschützten Rechtsguts, des Kausalzusammenhangs, des Schadeneintritts

---

1) a.a.O. S. 4 in freier Übersetzung des Verfassers.
2) Bicks, The Enforcement Policies of the Department of Justice and the Small Business Man, 16 A.B.A. 54; Fortas, The Grievances of the Small Business Man, 16 A.B.A. 34.
3) Anders nur in einigen unterinstanzlichen Urteilen: Shurtz v. Foster & Kleiser Co., 29 F. Supp. 162 (D.C.N.D. Cal. 1939). Twin Ports Oil Co. v. Pure Oil Co., 26 F. Supp. 366 (D.C.D. Minn. 1939).
4) Außer den bereits erwähnten Fällen: Distr. of Columbia Citizen Pub. Co. v. Merchants & Mfrs. Ass'n., 83 F. Supp. 994 (D.C.D. Col. 1949); Arthur v. Kraft Pheenix Cheese Co., 26 F. Supp. 824 (D.C.D. Md. 1937); Kinnear Weed Corp. v. Humble Oil & Refining Co., 214 F. 2d 891 (5th Cir. 1954); Sandidge v. Rogers, 156 F. Supp. 286 (D.C.S.D. Ind. 1957); Admiral Theatre Corp. v. Paramount Film Distributing Co., 140 F. Supp. 686 (D.C.D. Nebr. 1955). So vor allem auch Forkosch in seiner umfangreichen Untersuchung: Antitrust and the Consumer, Buffalo 1956, auf S. 2.
5) Zusammengestellt bei Hale and Hale, Market Power, Size and Shape under

oder Schadenumfangs behandelt wird.

Hier tut eine, wenn auch gedrängte Klarstellung not.

1. Der geschützte Personenkreis

Zunächst gibt es keine Beschränkung des geschützten Personenkreises, etwa auf die Gruppe der Mitbewerber oder der nächsten Kunden des Beklagten. Jedermann, der sich entweder in seinem Geschäftsbetrieb oder ganz generell in seinem Vermögen geschädigt glaubt, ist zur Klage berechtigt[56]. Er muß nur die unmittelbare Beeinträchtigung eines persönlichen Rechtsguts beweisen[57], oder im Klagestadium zumindest schlüssig vortragen. So ist z.B. die Klage eines Aktionärs, der wegen der Antitrustverletzungen eine Werteinbuße seiner Aktien erlitten hat, nicht zulässig, da den unmittelbaren Schaden nur die Aktiengesellschaft selbst erlitten haben kann[58]. Gleichfalls wurde die Klage des Verpächters eines Kinos gegen eine Filmverleihfirma, die seinen Pächter nicht mit "first-run" Filmen beliehen hatte, abgewiesen [59]. Die Möglichkeit, die Ansprüche mit anderen Geschädigten zusammen in einer sogenannten "class action"[60] geltend zu machen,

---

the Sherman Act, (1958) S. 383.

56) Damit sind zweifellos auch Letztverbraucher in den geschützten Personenkreis eingeschlossen. Dies wird eingehend auch im Hinblick auf die Gesetzgebungsgeschichte untersucht bei Forkosch, Antitrust and the Consumer, 1956.

57) Conference of Studio Unions v. Loew's Inc., 193 F. 2d 51 (9th Cir. 1951).

58) Gerli v. Silk Ass'n of America, 36 F. 2d 959, 960 (S.D.N.Y. 1929); Peter v. Western Newspaper Union, 200 F. 2d 867 (5th Cir. 1953); Fleischer v. A.A.P. Inc., 1959 Trade Cases 69, 413 (S.D.N.Y. 1959) und zuletzt Comment: Federal Antitrust Law-Stockholder's Remedy for Corporate Injury Resulting from Antitrust Violations, 59 Mich. L.Rev. 904 (1961).

59) Harrison v. Paramount Pictures, 115 F.Supp. 312 (E.D.Pa. 1953) aff'd. 1954 Trade Cases 67, 721 (3rd Cir., 1954). Weitere Fallgruppen finden sich bei Grove, Means of Determining When Treble Damages are Recoverable for a Loss Due to a Violation of the Antitrust Laws, 46 Calif. L.Rev. 447 (1958) und bei Kronstein-Miller-Schwarzt: Modern American Antitrust Law (1958) S. 200.

60) Fed.Rules Civ.Proc. § 23 (a). Dazu Whipple, Class Actions, 8 A.B.A. 27 (1956).

mindert Prozeßrisiko und Kostenlast der Kläger. Meistens werden in solchen Fällen einige wenige Kläger im Namen aller übrigen Geschädigten auftreten, die dann nur noch ihren jeweiligen Schaden nachzuweisen haben[61]. Auch Einzelstaaten[62] und die Vereinigten Staaten selbst können auf Schadenersatz klagen, wobei den Vereinigten Staaten als Kläger allerdings nur der einfache Schaden ersetzt wird[63].

Darüber hinaus können einzelne Bundesstaaten sowie die Vereinigten Staaten selbst die aus dem englischen Common Law übernommenen Privilegien des "parens patriae" zum Schutze und zur Förderung der Rechte ihrer Bürger wahrnehmen und in dieser Funktion in Privatstreitigkeiten intervenieren oder überhaupt Ersatzklagen als Repräsentanten der geschädigten Bürgerschaft erheben[64].

2. Die haftungsbegründende Handlung

Der nächste Schritt ist dann der Nachweis, daß überhaupt eine zum Ersatz verpflichtende Handlung des Beklagten vorgelegen hat. Dafür reicht es bereits aus, daß die Schadensursache in einer denkbaren Verbindung[65] zu einem nachgewiesenen Wettbewerbsverstoß steht[66]. Das Verhalten des Beklagten wird also insgesamt

---

61) Kainz v. Anheuser Busch, 194 F. 2d 737 (7th Cir. 1952).

62) Georgia v. Evans, 316 U.S. 159, 62 S.Ct. 972 (1942).

63) Zunächst war den U.S. im Falle U.S. v. Cooper Corporation, 312 U.S. 600, 61 S.Ct. 742 (1941) die Klagebefugnis überhaupt abgesprochen worden. Im Jahre 1955 wurde der Clayton Act jedoch durch Sec. 4 a ergänzt, wo für die U.S. ausdrücklich ein Klagrecht auf einfachen Schaden vorgesehen ist.

64) Georgia v. Pennsylvania Rd. Co., 324 U.S. 439, 450 (1945); Daniel, Enforcement of the Sherman Act by Actions for Treble Damages, 34 Va.L.Rev. 901 (1948). Vgl. zur "Parens patriae" Doktrin: Am. Jur. Infants § 101; 91 C.J.S. § 4 und Louisiana v. Texas, 176 U.S. 1, 19 (1899).

65) Toulmin, A Treatise on the Anti-Trust Laws of the U.S., 1951, Vol. VI. Ch. 16.7., S. 394.

66) "... injured by reason of anything forbidden in the antitrust laws." Darunter sind in erster Linie Sherman Act und Clayton Act zu verstehen, dagegen nicht mehr die Diskriminierungsvorschrift der Sec. 3 Robinson Patman Act (49 Stat. 1526, 15 U.S.C. 13 a); vgl. Nashville Milk Co. v. Carnation Co., 355 U.S. 373; 78 S.Ct. 352 (1958).

gewürdigt und nicht in besondere Einzelschaden stiftende Handlungen aufgegliedert. So genügt es zum Beispiel, die Zugehörigkeit des beklagten Verkäufers zu einer "combination or conspiracy in restraint of trade" nachzuweisen, ohne daß darüber hinaus noch eine besondere Auswirkung des Verstoßes auf das Einzelvertragsverhältnis erforderlich wäre. Alle Einzelakte eines solchen Unternehmens, sofern sie auf dem von der unerlaubten Absprache betroffenen Gebiet geschehen, sind mit der Gesetzwidrigkeit der Kartellabsprache behaftet [67].

3. Der Ursachenzusammenhang

Der "direct injury test" findet danach vielfach eine Wiederaufnahme in Verbindung mit der Prüfung des zur Begründung des Ersatzanspruches notwendigen Kausalzusammenhanges [68] zwischen Gesetzesverstoß und Schadenseintritt. Während sich die Entscheidung für eine bloße "remote cause", die zur Begründung eines relevanten Kausalzusammenhanges nicht mehr ausreicht, immerhin mit den überkommenen Grundsätzen des Common Laws auseinanderzusetzen hat, erlaubt der "direct injury test" eine unmittelbare Zuflucht zu rechtspolitischen Gründen[69]. Darum müssen auch alle die Versuche, die "legal cause" und "direct injury" gleichsetzen oder gegeneinander abgrenzen wollen, scheitern[70]. Ferner scheint auch der Vorschlag, den Kausaltest durch die zur Begrenzung der Negligence Haftung des allgemeinen Rechts der unerlaubten Handlungen entwickelten Vorherseh-

---

67) Monarch Tobacco v. Am. Tobacco C., 165 Fed. 774 (Cir. Ky 1908); Louisiana, Farmers Protective Union v. Great A. & P. Tea Co., 131 F. 2d 419 (8th Cir. 1942); H.B. Marinelli v. United Booking Offices of America 227 Fed. 165 (D.C.S.D.N.Y. 1914); Wheeler Stenzel Co. v. National Window Glass Jobbers' Ass'n., 152 Fed. 864 (3rd Cir. 1907). Vgl. zur Übersicht Mc Connell, The Treble Damage Action, 1950 U. of Ill. L.F. 659 ff (1950).

68) Dazu die Fälle: Virtue v. Creamery Package Mfg. Co., 227 U.S. 8, 33 S.C 202 (1913) und Royster Drive-In Theatres, Inc. v. Am. Broadcasting Paramount Theatres Inc., 268 F. 2d 246 (2nd Cir. 1959), cert. den. 361 U.S. 885.

69) Note: Recovery of Treble Damages Under the Sherman Act, 38 Yale L.J. 503 512 (1928/29).

70) Note: Anitrust Enforcement by Private Parties, 61 Yale L.J. 1010, 1016 (1952).

barkeitsmaßstäbe[71] zu ersetzen, diesen Hintergrund zu mißachten[72].

Zu 1 - 3 : Wir können uns in diesem Zusammenhang damit begnügen, auf die verschiedenen Arten möglicher Hindernisse, die ein erfolgreicher Kläger zu überwinden hat, hinzuweisen. Solange es rechtspolitische Erwägungen sind, die den Ausschlag geben, wäre eine genauere Prüfung solcher Gründe, die auch weithin den Bereich des Schadensnachweises bestimmen, hier verfrüht.

4. Der Schaden

Das Schwergewicht der amerikanischen Rechtsprechung zur "treble damage action" bezieht sich auf Fälle des Boykotts und der Diskriminierung. Hier wurde der Schaden im Vergleich zu der Stellung begünstigter Mitbewerber augenfällig und Anreiz zur Klageerhebung. Da Wirtschaftsunternehmen - und diese bildeten die überwiegende Zahl der Klägerparteien - in erster Linie auf ihre Konkurrenz schauen, um Erfolg oder Mißerfolg der Geschäftstüchtigkeit zu ermessen, werden Boykott oder Diskriminierung meist viel stärker empfunden als eine von einem Monopolbetrieb ausgehende Marktbeherrschung oder das Preisdiktat eines Kartells. Immerhin kamen aber auch eine ganze Reihe solcher Fälle zur Entscheidung, in denen sich der Kläger lediglich durch eine kartellbedingte Preisveränderung beschwert glaubte und im Klagewege Ersatz forderte. Der tatbestandliche Unterschied dieser letztgenannten Fallgruppe bedingt auch rechtlich einige Sonderprobleme, die jedoch nicht so grundlegend sind, daß wir bei der Darstellung, in welchen Formen ein Schadensnachweis zulässig und erfolgversprechend ist, auf wegweisende Entscheidungen aus der Boykott- und Diskriminierungsrechtsprechung verzichten müßten. Vor allem läßt sich vorläufig allein an solchen Urteilen eine Entwicklung darstellen, die dem Ersatzanspruch seine heute große, wenn auch sehr verspätete Bedeutung verschafft, und die - eine schwierige Vorausschau soll hier noch vermieden werden - zumindest noch keinen endgültigen Abschluß gefunden hat.

Die Berechnungsmethoden zum Nachweis eines infolge einer unerlaubten Wettbewerbsbeschränkung erlittenen Schadens sind hauptsächlich von zweierlei Art: einmal bemißt der Kläger seinen Schaden an den vergleichsweise höheren Kosten

---

71) Vgl. dazu allgemein : Prosser, Law of Torts (1955) S. 258-266; Harper and James, The Law of Torts, II § 20. 5 S. 1134 (1956); Goodhart, The Unforseeable Consequences of a Negligent Act, 39 Yale L.J. 449, 558 (1930).

72) Note: Should injury in treble damage suits be redefined ? 51 Nw. U.L.Rev. 141 (1956).

für den Erwerb einer Ware oder Leistung - die "increased cost method"; andererseits kann er aber auch im Wege einer Endabrechnung ermitteln, inwieweit sein Gewinn infolge des unerlaubten Verhaltens des Beklagten geschmälert wurde - die "lost profits method". Auch diese zweite Berechnungsweise berücksichtigt in der Abrechnung die beispielsweise erhöhten Einkaufskosten des Klägers. Darüber hinaus vermögen bei einer solchen Endabrechnung aber auch solche weiteren Einflüsse in Ziffern Ausdruck finden, die bei einer bloßen Berechnung der Kostenerhöhung unbeachtet bleiben. Sind solche weiteren Faktoren für eine sachgerechte Entscheidung unerläßlich, so verbietet sich eine vereinfachende Berechnung der "increased costs". In anderen Fällen jedoch, in denen sich die Auswirkung einer unerlaubten Wettbewerbsbeschränkung nur auf den Einkauf einer verteuerten Ware beschränkt, erscheint diese Kostendifferenz als richtiger Maßstab. Damit deutet sich bereits an, daß die Art der Schadensberechnung für bestimmte Klägergruppen verschieden ist und davon abhängt, in welcher Stellung im Wirtschaftsverkehr sie von dem Wettbewerbsverstoß betroffen werden; als deutlichste Gegensätze drängen sich hier auf: Letztverbraucher und Händler.

Als dritte, wenn auch weit seltener gebrauchte Berechnungsweise bietet sich noch an, den Schaden nach dem Verlust des Geschäftswertes insgesamt zu bemessen, wobei vor allem auf den "good will" des Unternehmens abzustellen ist. Diese Methode wäre dabei nicht nur alternativ zu den vorauserwähnten zwei Formen gegeben, sondern könnte in den Fällen einer Gewinnentgangsberechnung noch ergänzend Anwendung finden [73], während die Fälle, die eine erhöhte Kostenberechnung zulassen, einen solchen Geschäftswertverlust ohnedies nur selten aufweisen werden, dann aber ebenfalls eine kumulative Berechnung nach beiden Methoden zulassen.

IV. Der Schadensnachweis durch Kostenerhöhung

1. Chattanooga Foundry & Pipe Works v. City of Atlanta: abstrakte Schadensberechnung des Käufers

Die Grundsätze einer Schadensbestimmung nach der Kostenerhöhung lassen sich in der einfachsten Variante am Fall Chattanooga Foundry & Pipe Works and South Pittsburg Pipe Company v. City of Atlanta [74] dar-

---

73) Comment: Proof Requirements in Antitrust Suits: The Obstacles to Treble Damage Recovery, 18 Univ. Chi. L. Rev. 130, 132 (1950/51).

74) 203 U.S. 390; 27 S.Ct. 65 (1906).
Eine Besprechung dieses und der meisten übrigen älteren Fälle findet sich in

stellen: Die Stadt Atlanta hatte eine Lieferung von Röhren für den Bau neuer Kanalisationsarbeiten ausgeschrieben. Die Röhrenhersteller, die einem Kartellverband angehörten, sprachen sich ab, und einer von ihnen bekam nach einem Scheinwettbewerb den Auftrag erteilt, den er, nach Ansicht des Supreme Court, zu einem über Billigkeitsgrenzen und weit über dem Wert der Ware liegenden Preis ausführte. Da nun, durch die Entscheidung in Addiston Pipe & Steel Co. v. U.S.[75] die gesetzwidrigen Machenschaften des Kartells bekannt geworden waren, klagte die Stadt Atlanta gegen zwei Kartellmitglieder, von denen im übrigen keines ihr Lieferant war, auf dreifachen Schadenersatz. Der Supreme Court[76] stellte zunächst einmal klar, daß der Liefervertrag selbst zwischen der Stadt Atlanta und der Anniston Pipe & Foundry Comp. rechtswirksam sei. Dieser Umstand könne aber nicht ausschließen, daß die Gründe, die zum Vertragsabschluß geführt hatten, so sehr durch das Kartell bestimmt waren, daß damit immer noch ein ersatzverpflichtendes Unrecht vorlag. Die Frage, ob nun in diesem Fall ein Vermögens- ("property") oder ein Geschäftsschaden ("business") begründet war, ließ das Gericht unentschieden; jedenfalls sei ein solcher bereits dann eingetreten, wenn die Stadt als Käufer einen Preis für eine Ware zahle, die sie ohne Wettbewerbsbeschränkung weit billiger hätte bekommen können. Die Stadt sei also mindest in ihrem Vermögen[77] geschädigt und zwar in einem Umfang, der sich aus der Differenz zwischen bezahltem Preis und dem Markt- oder Billigkeitspreis ("market- or fair price"), der sich unter gewöhnlichen Bedingungen ohne Kartellverfälschung gebildet hätte, bestimmt[78]. Der Supreme Court bestätigte damit obwohl im Ergebnis wie in der Begründung die Entscheidung der Untergerichte[79], so daß die Stadt Atlanta $ 45.000 und die Anwaltskosten ersetzt bekam. Leider finden sich in den erreichbaren Veröffentlichungen keine genauen Angaben darüber,

---

Hadlick, Treble Damages under the Antitrust Laws (1940) § 38/39. Der älteste Fall in dieser Gruppe und die älteste Schadensersatzentscheidung des Supreme Court überhaupt ist Montague v. Lowry, 193 U.S. 38 (1904).

5) 175 U.S. 211; 20 S.Ct. 96 (1899).

6) Durch Justice Holmes, den Dissenter im Continental Wall Paper und im Dr. Miles Fall.

7) Justice Holmes versuchte (S. 399) eine Unterscheidung zu machen zwischen "injury to property" und "injured in his business or property", wobei property nur im letzten Fall als Vermögen übersetzt werden kann.

8) So ferner Monarch Tobacco v. American Tobacco Co., 165 Fed. 774 (Cir. Ky. 1908).

9) 101 Fed. 900 (Cir. E.D.Tenn. 1900); 127 Fed. 23 (6th Cir. 1903), die sich allerdings hauptsächlich mit der Frage der Verjährung auseinandersetzten.

wie das Gericht zur Festlegung des hypothetischen Markt- und Wettbewerbspreises gelangte. Es scheint, daß es weitgehend dem Antrag der Kläger gefolgt ist, den als Schaden zu bestimmenden Preisunterschied in einem Bonus zu sehen, den Anniston für die Zuteilung dieses Abschlusses an das Kartell zu leisten hatte[80]. Damit wäre zwar für diesen Sonderfall eines Submissionskartelles eine vertretbare Lösung gefunden, zu der grundsätzlichen Frage aber, wie sich bei kartell- oder monopolbeherrschtem Markt ein freier Wettbewerbspreis ermitteln läßt, ist nichts beigetragen. Die Lösung dieses verwickelten Problems wäre jedoch Grundvoraussetzung für die Schadensberechnung an der Kostenerhöhung.

Dagegen brachte das Urteil von Anfang an Klarheit darüber, daß sich die Ersatzklage nicht nur gegen den einzelnen Vertragspartner, der auch selbst in den unmittelbaren Genuß eines überhöhten Preises gelangt, richten kann. Vielmehr haften jeweils alle Absprachebeteiligten[81] dem Geschädigten auf den vollen Schaden.

2. Schadensfälle im Frachtgewerbe

Bereits die Entscheidung des Berufungsgerichts, die der Supreme Court in vollem Umfang aufrecht erhielt, verwies auf die Gruppe der "Carrier-Fälle"[82], um die Behauptung zu stützen, daß schon mit der Zahlung eines höheren Preises ein ersetzbarer Schaden entstanden sei. Hier war die Rechtsprechung eindeutig, daß eine über die staatlich genehmigte Frachtrate hinausgehende Leistung auf dem Wege einer Ersatzklage zurückverlangt werden kann[83]. Im Falle Keogh v. Chicago & N.R. Co. [84] kamen die Fragen aus dem Chattanooga Fall auf dem durch den Interstate Commerce Act besonders geregelten Gebiet wieder vor das höchste Gericht. Keogh als Fabrikant und Versender klagte auf Ersatz eines Schadens, der ihm daraus entstanden war, daß Spediteure übereinstimmend eine höhere Frachtrate festgesetzt hatten. Ganz abgesehen davon, daß ein Schadensersatzanspruch schon deswegen entfallen mußte, weil auch die höheren Frachtraten von der Interstate Commerce Commission genehmigt waren, stützte sich Justice Brandeis noch auf zwei weitere Argumente zur Abweisung

---

80) Darauf deutet vor allem die Entscheidung 127 Fed. 23 (6th Cir. 1903) hin.

81) Vgl. 127 Fed. 23, 26 (1903): If the agreement between the defendants and their associates was unlawful and tortious each is responsible for the torts committed in the course of the illegal combination.

82) 101 Fed. 900, 908 (1900).

83) Die "Carrier" unterliegen der besonderen gesetzlichen Regelung im Interstate Commerce Act: 24 Stat. 379; 49 U.S.C. 51 (1887), as amended.

84) 260 U.S. 156; 43 S.Ct. 47 (1922).

ler Klage: erstens, so glaubte er, würde die Zuerkennung eines Ersatzanspruches gegen das auf dem Gebiet des Transportwesens besonders streng beachtete Diskriminierungsverbot verstoßen, weil dann der Kläger vor anderen begünstigt würe, wobei der Gegeneinwand, daß ja auch allen anderen Geschädigten ein gleicher Anspruch zustehe und von diesen geltend gemacht werden könne, als unreell ausdrücklich abgewiesen wurde: einmal würden bestimmt nicht alle Berechtigten ihre Ansprüche geltend machen und zum anderen sei auch nicht zu erwarten, daß verschiedene Gerichte zu einer gleichen Entscheidung finden könnten.

Des weiteren wurde die Klage aber auch deswegen abgewiesen, weil Keogh nicht in der Lage war, nachzuweisen, daß er von niedrigeren Frachtraten profiiert hätte. In diesem Fall, so geht die Überlegung von Justice Brandeis, wären a dann auch die Konkurrenten des Klägers günstiger gestellt, was sich im freien Wettbewerb zugunsten der Letztverbraucher auswirken könne, nicht aber bereits dem Kläger zufallen müsse. Das Gericht schafft damit eine einschneidende Erschwerung für den beweispflichtigen Kläger, für den es hier nicht mehr damit getan ist, eine Differenz zwischen Vertrags- und möglichem Wettbewerbspreis nachzuweisen, sondern der vielmehr zusätzlichen Beweis erbringen muß, daß er von einem niedrigeren Preis den persönlichen Vorteil gehabt hätte.

Mit dieser weiteren Anforderung gegenüber dem Chattanooga Fall trägt das Gericht vor allem dem Unterschied der Klägerstellung Rechnung. Während dort die klagende Stadt die Röhren für eigene Verwendung gekauft hatte und sich für die übermäßigen Kosten bei niemand anderem Ersatz verschaffen konnte, war Keogh als Händler nur dann geschädigt, wenn feststand, daß die eingeklagte Vergünstigung, auf alle Mitbewerber erstreckt, nicht zu einer Senkung der bis dahin geltenden Verkaufspreise, sondern zu einem größeren Gewinn geführt hätten. Mit dieser weiteren Anforderung ist aber für Keogh die schematisierende Berechnungsweise:

Schaden = Vertragspreis minus Wettbewerbspreis

aufgegeben. Im Effekt wird Keogh vielmehr auf die Bemessung möglichen Gewinnentgangs beschränkt, was nur dadurch noch etwas verschleiert ist, daß als Berechnungsgrundlage nach wie vor auf erhöhte Erwerbskosten abgestellt wird, die aber natürlich mit dem entgangenen Gewinn identisch sind, solange keine Änderung der Verkaufsbedingungen eintritt.

Clark vor allem[85)] zeigt an dieser Entscheidung zweierlei: Erstens, daß die Beweisanforderungen damit so gestrafft wurden, daß es einem Kläger unmöglich wäre, jemals Ersatz wegen überhöhter Preise zu erlangen, es sei denn es gelinge ihm ein Nachweis entgangenen Gewinns; und zweitens, daß das Gericht auch den Umstand

---

85) Clark, The Treble Damage Bonanza, 52 Mich. L. Rev. 363, 404/405 (1954).

unberücksichtigt lasse, daß bei elastischer Nachfrage und niedrigerem Preis infolge größeren Umsatzes sich dennoch ein höherer Gewinn für den Kläger hätte ergeben können. Beide Einwände erscheinen jedoch verfehlt, denn der erste übersieht, daß sich das Gericht bereits im Bereich der konkreten Berechnung des entgangenen Gewinns befindet, während Clark mit dem zweiten Einwand Anforderungen an das Gericht stellt, denen zu genügen der Kläger selbst sich nicht bemüht hatte. Außerdem erweckt er insofern einen mißverständlichen Eindruck, als er versäumt, durch die verallgemeinernde Bezeichnung "Kläger", der sich aus diesem und dem Chattanooga Fall ergebenden Unterteilung in Klägergruppen Rechnung zu tragen. Eine solche Unterscheidung jedoch ist unentbehrlich, um sonst unvermeidbare Widersprüche zu vermeiden.

3. La Chapelle v. United Shoe Machinery Corp: Schadensberechnung des Verkäufers

Ebenso wie sich der Schaden in einer Erhöhung der Einkaufskosten auswirken kann, ist es im umgekehrten Fall möglich, in der Minderung der Erlöse, die ein Lieferant durch Wettbewerbsbeschränkung auf der Abnahmeseite hinnehmen muß, den Schaden zu sehen. Ein solcher Sachverhalt lag der Entscheidung La Chapelle v. United Shoe Machinery Corp. [86] zugrunde. Ein berufsmäßiger Erfinder auf dem Schuhmaschinensektor machte geltend, daß er durch die Monopolisierung dieses Industriezweiges dem Preisdiktat der beklagten Firma ausgesetzt war und dadurch für seine Erfindungen keine angemessene Entschädigung erhalten habe. Das Gericht anerkannte die Berechtigung des Klägers, den Unterschiedsbetrag (hier also "decreased earnings") als Schaden zu fordern, hatte sich allerdings mit dieser grundsätzlichen Entscheidung zu begnügen, da keine ausreichenden Anhaltspunkte vorlagen, welche Vergütung der Kläger unter Wettbewerbsverhältnissen hätte erzielen können.

4. Kostenabwälzung - rule of passing on

Was an sich bereits im Keogh Fall entschieden ist, gewinnt dann in den 40er Jahren zunehmende Bedeutung und in der "passing on" Regel eine deskriptive Bezeichnung. Während bis dahin in den wenigen überhaupt zur Entscheidung stehenden Fällen zumindest dem Grundsatz nach die Berechnung erhöhter Kosten noch verläßlich schien, setzte sich mit dieser neuen Rechtsprechungswelle nun die Auffassung durch, daß ein Händler, der seine Waren zum Wiederverkauf zu Kartellbedingungen erwirbt, einen Schadensersatz nur dann verlangen kann, wenn er zugleich mit der kartellbedingten Preisdifferenz nachweist, daß er sei-

---

86) 90 F. Supp. 721 (D.C.D. Mass. 1950).

nerseits die erhöhte Belastung nicht auf seine Kunden abgewälzt hat. In dieser Form bringt die neue Rechtsprechung nun klarer zum Ausdruck, was in dem auch tatbestandlich unglücklicheren Koegh Fall bereits zur Entscheidung stand. Während dort noch etwas verwirrend von einem notwendigen Vergleich der Auswirkungen auf den Kläger und die Mitbewerber gesprochen wurde, wobei die Frachtkosten als Gegenstand der Absprache ein vergleichsweise nur unbedeutender Kostenfaktor waren, ist hier nun eine feste Brücke zwischen "increased costs" und "lost profits" geschlagen. Unterläßt es der wettbewerbsgeschädigte Kläger, erhöhte Kosten auf seine Kunden weiterzuwälzen, so bedeuten die "increased costs" für ihn gleichzeitig zumindest eine Form von "lost profits".

Die reine "incrased costs" Berechnungsweise ist damit sehr bedeutsam auf die Nicht-Händler Fälle beschränkt[87], also generell auf solche Fälle, in denen keine Wahrscheinlichkeit für eine fortwirkende Preisverfälschung besteht.

a) Die "Ölhändler-Fälle"

Die feste Basis für die "passing on" Rechtsprechung bildete sich in der langen Kette von Schadensersatzprozessen, die auf das Urteil in U.S. v. Socony Vacuum Oil Co. Inc.[88] folgten. Dadurch das Socony Absprachen zufolge Überschußöl aufgekauft und dem Markt ferngehalten hatte, war eine Preiserhöhung oder wenigstens eine Preisbefestigung eingetreten. Ölhändler versuchten nun, diese Preiserhöhung zur Grundlage einer Schadensersatzklage[89] zu machen. So hatte sich das Gericht in Leonard v. Socony Vacuum Oil Co.[90] die Frage zu stellen, ob der Nachweis einer Kostenerhöhung genüge, oder ob nicht der Kläger gleichzeitig auch Behauptungs- und Beweislast dafür trage, daß er diese zusätzlichen Kosten auf seine Kunden nicht weitergewälzt hatte. Die Antwort erging für die zweite, strengere Anforderung. Das Gericht, das sich bereits durch

---

87) Insoweit geht die Kritik an der "passing on" Regel, die diese mit der "increased costs" Berechnungsweise für unvereinbar hält, zu weit; so aber: Note: Proof Requirements in Antitrust Suits, 18 U.Chi.L.Rev. 130, 136 (1950); Hale & Hale, a.a.O. S. 387.

88) 310 U.S. 150; 60 S.Ct. 811 (1940).

89) Außer den in der Folge besonders aufgeführten, befassen sich noch folgende Fälle mit der Frage der Weiterwälzung: Northwestern Oil Co. v. Socony Vacuum Oil Co., 138 F. 2d 967 (7th Cir. 1943), cert.den. 321 U.S. 792 (1944) und Clark Oil Co. v. Phillips Petroleum Co., 148 F. 2d, 580 (8th Cir. 1945), cert.den. 326 U.S. 734 (1945). Vgl. die Darstellung von Judge Goodrich in Fußnote 10 der Entscheidung Hanover Shoe, Inc. v. U.S. Machinery Corp., 185 F. Supp. 826 (D.C.M.D.Pa. 1960).

90) 42 F. Supp. 369 (D.C. Wisc. 1942); app.dism. 130 F. 2d 535 (7th Cir. 1942).

frühere Entscheidung in Twin Ports Oil Co. v. Pure Oil Co. [91] gebunden sah, unterstrich deren Richtigkeit ausdrücklich und betont erneut, daß ein Zwischenhändler, der hier bezeichnend "middleman" genannt wird, solange noch keinen endgültigen Schaden erlitten habe, als er nur einen erhöhten Einkaufspreis zu leisten hatte. Seine Position sei vielmehr von Ein- und Verkauf gleichermaßen abhängig, sodaß sich nur aus deren Beziehung ein Schaden berechnen lasse, woraus sich seine Beweislast in beiden Bereichen ergeben müsse. In dieser betont selbständigen Urteilsbegründung setzte sich das Gericht ferner auch mit den Entscheidungen auseinander, die von einer dem Kläger günstigeren Beweislast ausgingen. Dabei unterschied es den Chattanooga Fall damit, daß dort die Geschädigten die Waren zu eigenem Gebrauch und nicht zum Wiederverkauf bezogen hatten, die Stadt Atlanta insofern als Verbraucher gar keine Möglichkeit hatte, einen Ausgleich für die erhöhten Kosten zu erlangen. Auch der Verweis des Klägers auf den Fall Straus et al. v. Victor Talking Machine Co. [92] wurde zurückgewiesen. Dort hatte der Kläger infolge einer unerlaubten Wettbewerbsabsprache seiner Lieferanten selbst zu festgesetzten Kleinhandelspreisen einkaufen müssen, während seine Konkurrenten noch zu günstigen Großhandelspreisen bezogen. Neben der Preisabsprache wirkte sich damit auch noch eine zusätzliche Diskriminierung gegen den Kläger in der Weise aus, daß er die Wiederverkaufspreise der Mitbewerber halten mußte und dabei die ihn treffende Kostenerhöhung nicht auf seine Kunden abwälzen konnte. Dieses zusätzliche Merkmal einer Diskriminierung fehlte sowohl im Leonard- wie im Twin Ports Fall. Vor allem an letzterem wird das Prinzip der "passing on" Regel besonders deutlich. Der Kläger stand mit seinem Öllieferanten bereits in einer langjährigen Geschäftsbeziehung, die auch zu einem Vertrag führte, worin dem Kläger jeweils eine feste Gewinnspanne von "6.83 cent per gallon" zugesichert wurde. Als nun die Ölpreise infolge der von Socony Oil Comp. angeführten Sanierungsmaßnahmen auf einem ruinierten Ölmarkt wieder stiegen, machte dies d Kläger zum Grund einer Ersatzklage. Bei den Ermittlungen zum Schaden des Klägers stellte das Gericht nun fest, daß jedesmal, wenn sich für den Händler seine Bezugspreise erhöht hatten, auch die Wiederverkaufspreise entsprechend angezogen hatten, sodaß die Gewinnspanne des Klägers konstant geblieben war und ihm insoweit allein kein Schaden hatte entstehen können.

b) Übernahme in andere Wirtschaftsbereiche

Der maßgebende Gesichtspunkt dieses Urteils, daß nämlich sowohl Einkaufs- wie Wiederverkaufspreise bereits durch die Lieferanten festgelegt wurden und damit, abgesehen von einem generellen Umsatzrückgang, sich eine schädigende

---

91) 119 F. 2d 747 (8th Cir. 1941); cert. den. 314 U.S. 644; 62 S.Ct. 84 (1941).
92) 297 Fed. 791 (2nd Cir. 1924).

uswirkung nur aus einer Verringerung der Gewinnspanne ergeben konnte, wurde un offensichtlich in den folgenden Entscheidungen übersehen, was dann letzten ndes zu einer mißverständlich weiten Ausdehnung der "passing on" Regel führte. n sich wäre hierdurch keine Vorentscheidung für die Fälle getroffen, in denen ie Verkaufskostenerhöhung und damit die Wiederherstellung der ursprünglichen ewinnspanne ganz im Ermessen des Händlers selbst liegt und nicht durch seinen ieferanten ebenfalls vorbestimmt ist.

Solche Fälle fanden nun gerade in den letzten Jahren erneut im einzelnen oneinander abweichende Beurteilung. In Banana Distributors v. nited Fruit Co.[93] klagte ein Bananengroßhändler gegen die United Fruit o., die in Zentralamerika riesige Plantagen hatte und praktisch den Bananenarkt beherrschte, wegen verschiedener Wettbewerbsverstöße, u.a. auch wegen nerlaubter Preisabsprache mit anderen Bananenlieferanten. Zum erforderlichen chadensnachweis zählte das Gericht im einzelnen seine Beweisanforderungen uf: Einkaufspreis, bezogene Warenmenge, absprachebedingte Überteuerung und chlen eines Abschiebens solcher Mehrkosten beim eigenen Verkauf. Es gab damit zu verstehen und faßte dies auch noch einmal ausdrücklich zusammen, daß ine Schadensersatzklage gewöhnlich dann nicht durchdringen kann, wenn es dem läger nicht gelingt, eine Auswirkung des Wettbewerbsverstoßes auf seine Gewinnpanne nachzuweisen[94]. Während diese Anforderung unter den besonderen Voraustzungen des Twin Ports Falles durchaus gerechtfertigt erschien, kann sie ohne weire Begründung und genauere Untersuchung für die Fälle, in denen die Kostenerhöhung im Ein- und Verkauf nicht einheitlich bedingt ist, nicht überzeugen. Bignehmend auf den Chattanooga Fall ließe sich doch jedenfalls auch hier sagen, aß der Schaden des Klägers zunächst einmal dann entstanden ist, wenn dieser die eforderten höheren Preise leistet[95]. Ob dieser einmal entstandene Schaden dann vollem Umfang am Kläger haften bleibt, wäre damit eine weitere Frage, deren eweis nicht zum Interessen- und Aufgabenbereich des Klägers, sondern des Beagten gehört[96]. Zwei Gesichtspunkte scheinen für die gegenteilige Lösung beimmend. Dies ist erstens die im Gesetz begründete Unterscheidung zwischen

---

3) 1958 Trade Cases 69, 057 (D.C.S.D.N.Y. 1958).

4) Gleiche Anforderungen stellte das Distriktsgericht in Massachusetts in Beacon Fruit & Produce Co., Inc. v. Harris & Co., Inc., 1958 Trade Cases 68, 986 (D.V.D. Mass. 1958).

5) Muskin Shoe Comp. v. United Shoe Machinery Corp., 1958 Trade Cases 69, 178 (D.C.D.Md. 1958) deutet sogar an, daß möglicherweise der Schaden bereits im Augenblick des Vertragsabschlusses und noch vor jeder Leistung begründet ist.

"injury in business" und "... in property". Sobald daher ein Geschäftsunternehmer klagt, stellen die Gerichte ausschließlich auf "injury in business" ab und geraten dann bei der Schadensbemessung zu einer Gesamtschau des Geschäftsverlaufs auf Ein- und Verkaufsseite. Ergänzend scheint ein zweiter, rein praktischer Gesichtspunkt noch besondere Bedeutung gehabt zu haben: die Vorzugsstellung des Klägers zum Nachweis seiner eigenen Verkaufskosten. Eine solche an der Praktikabilität ausgerichtete Beweisverlagerung läßt sich nur im Rahmen des anglo-amerikanischen Prozeßrechtes verstehen[97]. Die moderne Lehre des Beweisrechtes lehnt zwar eine Regel, wonach immer die Partei beweispflichtig ist, die den leichteren Zugang zum Beweismaterial hat, ab; aus einer Reihe von Entscheidungen ergibt sich aber, daß sich die Gerichte von solchen Erwägungen leiten ließen[98]. Immerhin scheint in einer der jüngsten Entscheidungen die oben angedeutete These, daß der Schaden bereits im Augenblick der Bezahlung des höheren Kaufpreises eintritt, eine Stütze zu finden. Judge Goodrich betonte in der Entscheidung im Falle The Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.[99] in der es nur um die Vorfrage ging, inwieweit "passing on" eine Haftung des Beklagten ausschließen würde, daß allein die Kostenweiterwälzung durch den Kläger ein solches Ergebnis nicht rechtfertige[100]. Kläger war hier eine Schuhfabrik, die von der Beklagten Schuhmaschinen gegen überhöhte Gebühren gemietet hatte. Dadurch glaubte sich das Gericht auch gerechtfertigt, eine von den Ölhändler-Fällen abweichende Entscheidung zu treffen, da hier der Kläger ja die der Wettbewerbsbeschränkung unterliegenden Waren nicht für den Widerverkauf erworben hatte. Ob gerade dieser Unterscheidungsversuch befriedigen kann, erscheint sehr zweifelhaft. Im Ergebnis gelangt das Gericht damit zu der Chattanooga-Lösung, auf die sich der Kläger auch hauptsächlich gestützt hatte. Damit klassifiziert es den Schuhfabrikanten als "consumer" der Maschinen, was zwar insoweit richtig ist, daß diese selbst nicht Handelsware sind, für den unseres Erachtens jedoch allein bedeutsamen Gesichtspunkt, daß etwaige höhere Kosten - hier der Produk-

---

96) Justice Holmes stützte auf diese Argumentation seine Entscheidung Southern Pacific Co. v. Darnell Taenzer Lumber Co., 245 U.S. 531, 38 S.Ct. 186 (191[illegible] "... the plaintiffs suffered losses ..... when they paid".

97) Der Rahmen der Arbeit verbietet hier näher auf den wesentlichen Unterschi[illegible] zwischen "burden of producing evidence" und "burden of persuasion" einzuge[illegible] hen. Vgl. dazu Mc Cormick, Evidence, 1954, Ch. 36.

98) Vgl. Wigmore, On Evidence, 1959, § 2486; Mc Cormick, Evidence 1954 § 31[illegible]

99) 185 F. Supp. 826 (N.D.Pa. 1960); aff'd 281 F. 2d 481 (3rd Cir. 1960); pet[illegible] den. 364 U.S. 901 (1960); dazu: The Defense of "Pasing On" in Treble Da[illegible] mage Suits under the Antitrust Laws, 70 Yale L.J. 469 (1961).

100) So heißt es in der Entscheidung S. 829 "The injury to the plaintiff occurred when it was charged too much for the machinery".

tion und nicht der Waren selbst[101] - auf die nächste Handelsstufe abgewälzt werden, ohne Einfluß ist. Dies erscheint vielmehr für den Schuhfabrikanten noch weit wahrscheinlicher wie für einen Zwischenhändler.

c) Passing on als Brücke zwischen genral und special damages

Eine Unterscheidung nach der Wahrscheinlichkeit der Kostenweiterwälzung scheint jedoch die allein gerechtfertigte Lösung, läßt sich die "passing on" Regel für die Geltendmachung der Ansprüche doch am besten als ein Übergang von "general" zu "special damages" charakterisieren. In der "increased cost method" können wir die Geltendmachung von "general damages" sehen[102], die immer dann verlangt werden können, wenn das haftungsverpflichtende Unrecht gewöhnlich einen gleichartigen Schaden verursacht, der dann bereits ohne weiteren Beweis im Einzelfall unterstellt werden darf[103]. Für unsere Problematik scheint es dieser Regel zufolge gerechtfertigt, in den Fällen, in denen der Geschädigte Letztverbraucher ist und dabei keine Möglichkeit hat, die Preiserhöhung abzuschieben, die Benachteiligung, die er beim Einkauf erlitten hat, bereits als seinen endgültigen Schaden zu unterstellen. In allen anderen Fällen jedoch, in denen eine Kostenweiterwälzung nicht von vornherein ausgeschlossen ist, würde eine solche Generalisierung vielfach zu allzu großen Vergröberungen führen, die nur durch den Nachweis von special damages vermieden werden können. Natürlich darf dabei das weitere Moment nicht übersehen werden, daß es ganz von einer rechts- und wettbewerbspolitischen Entscheidung abhängen muß, ob entweder der Kläger möglicherweise über Gebühr entschädigt werden soll, oder andererseits der Beklagte die Früchte seiner verbotenen Wettbewerbsbeschränkung letztlich zu Lasten des Verbrauchermarktes einheimsen soll. Die Gerichte scheinen insgesamt dem zweiten Nachteil weniger Gewicht zu geben und vor allem vor einer zusätzlichen Wettbewerbsverzerrung durch Zuerkennung eines Ersatzanspruches für Schäden, die dem Anspruchsberechtigten letzten Endes gar nicht verbleiben, zurückzuschrecken. Eine solche, den Verletzern des Antitrustrechtes günstige Einstellung steht wohl kaum in Übereinstimmung mit der generell strengen Verurteilung und Verfolgung aller Wettbewerbsbeschränkungen. Darum erscheint es uns auch verfehlt, hier den rechtspolitischen Erwägungen allzu viel Einfluß zuzuerkennen[104], und angemessener, auf einige mit der treble damage action verknüpfte Besonderheiten abzustellen. Einmal spielt hier natürlich wieder der Streit um den Anspruchscharakter als "pu-

---

101) Insoweit ist es überraschend, daß das Gericht die näherliegende Parallele zum Keogh Fall übersieht.

102) Hale & Hale, Market Power: Size and Shape under the Sherman Act, 1958, S. 384.

103) Restatement of the Law of Torts, Vol. IV § 904.

104) Es erscheint jedenfalls übertrieben, wenn Hale & Hale a.a.O. S. 387 in der "passing on" Regel eine weitere Form der Minderbewertung des nicht pro-

nitive" oder "compensatory" eine Rolle[105]. Eine Beurteilung als Strafnorm würde bereits die Bezahlung des höheren Preises als schadenbegründendes Tatbestandsmerkmal sehen müssen, während bei Betonung der Ausgleichsfunktion das Bemühen um eine möglichst gerechte Restitution überwiegen muß, und daher vorzugsweise der ganze Schadensablauf zu prüfen ist. In engem Zusammenhang damit wirkt sich auch die angeordnete Verdreifachung des Schadens für den Ersatzanspruch dahingehend aus, daß die Gerichte zögern, bei einem nur näherungsweise bestimmten Schaden vertretbare Ungenauigkeiten durch die Vervielfachung außer Verhältnis zu verschärfen.

Fassen wir die bisher dargestelle Rechtsprechung zur "passing on" Regel zusammen, so lassen sich folgende Leitsätze aufstellen:

1) Ist der Geschädigte ein Letztverbraucher, so genügt der Nachweis erhöhter Kosten den Beweisanforderungen.

2) Bezieht der Geschädigte kartellgebundene Ware nur zum Wiederverkauf, so genügt der Nachweis der Erhöhung der Einkaufskosten nicht, solange nicht auch gleichzeitig das Fehlen einer entsprechenden Preiserhöhung im Verkauf unter Beweis gestellt wird.

3) Für die Tatbestände dazwischen, in denen sich die Absprache nicht auf die Ware selbst, sondern lediglich auf Kostenfaktoren des betroffenen Unternehmens bezieht, läßt sich eine feste Regel noch nicht aufstellen. Die Gerichte scheinen hier jedoch eher geneigt zu sein, sich mit der bloßen Darlegung von Kostenerhöhungen zu begnügen.

Nun verleitet die Aufstellung bestimmter Leitsätze leicht zu Ungenauigkeiten und Vergröberungen im Einzelfall. Darum soll anhand eines weiteren Falles gezeigt werden, in welchem Umfang auch weiterhin Besonderheiten des Einzelfalles prozeßentscheidend bleiben. In Alden Rochelle, Inc. v. A.S.C.A.P.[106] war beispielsweise das Weiterwälzungsargument übergangen worden. Zwar wurde die Klage eines Lichtspielhauses gegen eine der deutschen GEMA entsprechende Organisation auf Schadensersatz wegen überhöhter Forderungen für die Aufführungsrechte abgewiesen. Wie sich aus der sehr eingehenden Begründung, die allerdings wieder die Ausdrücke injury, damage und damages synonym und verwirrend gebraucht, ergibt, erfolgte die

---

duzierenden Unternehmers, der als bloß vermittelndes Glied keine Wertsteigerung der Ware bewirkt, sehen wollen.

105) Comment: Proof Requirements in Antitrust Suits: The Obstacles to Treble Damage Recovery, 18. Chi.L.Rev. 130, 135 (1950/51).

106) 80 F. Supp. 888 (D.C.N.Y. 1948).

lageabweisung allein deswegen, weil dem Kläger der Nachweis nicht gelungen ar, daß die entrichteten Abgaben unzulässig erhöht oder überhöht waren (sie etrugen etwa 1‰ der Einnahmen für jede musikalische Aufführung in einem Ki- mit 500 Plätzen). In einem "obiter dictum" betont das Gericht jedoch die erpflichtung des Beklagten zum Ersatz eines unterstellten Preisunterschiedes[107], ne auf die mögliche Weiterwälzung auch nur mit einem Wort einzugehen. abei handelt es sich bei einem Kinounternehmen ja sicherlich nicht um einen m Letztverbraucher gleichgestellten Kläger. Es stünde vielmehr zu erwarten, aß auch eine etwaige Erhöhung der Vorführungskosten in vollem Umfang auf e Kinobesucher weiterübertragen würde. Richtigerweise wird ein solcher Betrieb Gruppe 3 einzuteilen sein, womit auch dieser Fall zur Stützung der dort aufge- ellten These angeführt werden kann. Einer von vielen Kostenfaktoren ist eben fensichtlich weit weniger geeignet, die Preisschraube in Bewegung zu setzen, s eine Veränderung im Warenpreis selbst, die für den Händler die bei weitem rößte Kostenbelastung ausmacht. Je kleiner der wettbewerbswidrig beeinflußte ostenanteil, desto weniger wahrscheinlich wird eine Veränderung der Preisge- altung. Umgekehrt spielt die Frage eine Rolle, inwieweit sich eine bestimmte eisgestaltung bereits eingebürgert hat. So ist es sicherlich weniger wahrschein- ch, daß der Hersteller eines eingeführten Markenartikels auf Kostenerhöhungen it Preisveränderungen reagiert, als daß sich solche Kostenerhöhungen bei Einzel- lkulationen auswirken. In Alden Rochelle hatte das Gericht offenbar den Ein- uck, daß Kinopreise so sehr standardisiert sind, daß sich geringfügige Kosten- höhungen oder -verringerungen nicht auswirken und vom Unternehmer geschluckt er eingeschoben werden.

Kostenabwälzung in Diskriminierungsfällen

Die Differenzierung des Straus v. Victor [108] Urteils von der großen Gruppe der ssing on Entscheidungen läßt eine weitere Einschränkung dieser gemeinhin so erdehnten Rechtsprechung erkennen.

An diesem Fall wurde nämlich vor allem deutlich, daß es für die Möglichkeiten s betroffenen Unternehmens, drohendem eigenem Schaden zu entgehen, von ößter Bedeutung ist, in welchem Maße es im Verhältnis zu seinen Mitbewerbern troffen ist. Nur wenn dieses Verhältnis zu seinen Ungunsten ist, steht zu erwarten, ß es nicht in der Lage sein wird, sich für Kostenerhöhungen durch Verkaufspreis- fschläge schadlos zu halten, da es im Wettbewerb im gewöhnlichen Fall ge- ungen sein wird, eine einheitliche Preisbasis mit seinen Konkurrenten zu halten. o sich also Preisabsprachen gleichzeitig diskriminierend auswirken, kann die

---

7) Sogenannter "amount of overcharge".

8) Oben Anmerkung 92.

"passing on" Regel erneut nicht uneingeschränkt gelten. Einige wenige Fälle aus dem Diskriminierungsrecht sollen dies verdeutlichen.

Bei der Untersuchung des Nichtigkeitseinwandes gegen Vertragsklagen ist bereits darauf hingewiesen[109], daß die in Bruce's Juices v. American Can Co. mit dem Einwand abgewiesene Partei mit der Zuerkennung eines Dreifach-Schadensersatzanspruches schließlich doch noch das bessere Ende für sich gewann[110]. In diesem Urteil wurde der Schadensberechnung das Ausmaß der Schlechterstellung im Verhältnis zu Konkurrenzbetrieben zugrunde gelegt, ohne daß ein darüber hinausgehender Beweis verlangt wurde, womit sich das Gericht, wie im Urteil auch wörtlich betont, für solche Fälle mit einer Berechnung der "general damages" begnügte. Eine solche Entscheidung mußte schon allein dann Aufsehen erregen, wenn man die Materialien zum Robinson Patman Act [111] vergleichsweise heranzog. Während die ersten Entwürfe dieses Gesetzes noch Sonderbestimmungen enthielten, die eine derartige Schadensbestimmung vorsahen[112], wurden diese bei der späteren Beratung wieder gestrichen und die Klage-Parteien auf die gewöhnlichen Beweiswege aus dem Sherman Act und dem neueren Clayton Act verwiesen. Diese Entwicklung spricht natürlich sehr dafür, daß der Gesetzgeber im Ausmaß der Diskriminierung nicht schon ohne weiteres das Schadensmaß sehen wollte[113], wobei eine Übereinstimmung beider Größen im Einzelfall selbstverständlich nicht ausgeschlossen wurde. Die Rechtsprechung ist daher auch nicht einheitlich. Ein weiterer gegen die Am. Can Co. anhängig gemachter Fall[114] lehnte die erleichterte Beweisführung ab und verlangte als einzig zulässige Schadensberechnung den konkreten Nachweis von Geschäftsverlusten[115]. In ähnlicher Weise sind auch die Elizabeth Arden Fälle gespalten. Während der Sun Cosmetic Fall[116] die Tatsache der Diskriminierung allein zum Schadensbeweis nicht ausreichen ließ, lag im Gus Blass Fall[11

---

109) Oben, § 2, III Anmerkung 79.

110) Bruce's Juices v. American Can Co., 87 F. Supp. 985 (D.C. Fla. 1949); affd. 187 F. 2d 919 (5th Cir. 1951); reh. den. 190 F. 2d 73 (5th Cir. 1951); pet. for cert. dism. 342 U.S. 875, 72 S.Ct. 165 (1951).

111) 38 Stat. 730 (1914), 49 Stat. 1528 (1936); 15 U.S.C. § 13.

112) Vgl. die Zusammenfassung bei Clark a.a.O. S. 406/407.

113) Diese Argumentation macht sich Enterprise Industries, Inc. v. The Texas Con 240 F. 2d 457 (2nd Cir. 1957), zu eigen.

114) American Can Co. v. Russelville Canning Co., 191 F. 2d 38 (8th Cir. 1951).

115) In gleichem Sinn Alexander v. Texas Company, 1957 Trade Cases 68, 6 (D.C. W.D. La.).

116) Sun Cosmetic Shoppe v. Elizabeth Arden Sales Corp., 178 F. 2d 150 (2d Cir. 1949).

117) El. Arden Sales Corp. v. Gus Blass Co., 150 F. 2d 988 (8th Cir. 1945); cert.

dem zugesprochenen Schaden allein der Unterschied in der Schlechterstellung gegenüber dem einzigen vergleichbaren Mitbewerber zugrunde. Ihm hatte die Lieferfirma Arden die Gehaltskosten für einen Angestellten zur Vorführung ihrer Erzeugnisse voll ersetzt, während die Gus Blass Co. die Hälfte dieser Kosten selbst zu tragen hatte. Das Gericht sprach dem Kläger den an dem Leistungsunterschied als "general damages" bemessenen dreifachen Schadensersatzanspruch in dem Bestreben zu, nicht durch erhöhte Beweisanforderungen die Durchschlagskraft der Antidiskriminierungsvorschriften zu schwächen. Den besonderen Umständen des Falles entsprechend erscheint das Ergebnis gerechtfertigt, dagegen läßt die Begründung viele von der Gegenseite vorgebrachte Argumente ohne ausreichende Antwort und begründet die Gefahr, zu einer wenig befriedigenden, schematischen Lösung zu führen. Wenn dagegen nicht nur zwei vergleichbare Wettbewerber in einem begrenzten Marktbereich um Gleichstellung kämpfen, sondern auf einem geographisch ausgedehnten Markt viele Konkurrenten zu unterschiedlichen Bedingungen beliefert werden, kann eine bloße Berechnung der Unterschiede nicht mehr den im Rob.Patm.Act verfolgten Zielen entsprechen. Hier verdient einmal das Argument Gewicht, daß die Zuerkennung solcher "general damages" nur wieder eine neue ungerechtfertigte Diskriminierung gegenüber den mit dem Kläger Gleichgestellten bedeute[118]; dies wird darüber hinaus noch durch den Umstand besonders akut, daß der Dreifach-Ersatzanspruch für einen Diskriminierungsausgleich ohnedies ungeeignet ist. Noch problematischer wäre eine entsprechende Schematisierung dann in den Fällen, in denen der Kläger einer Gruppe von Mitbewerbern gegenüber besser und einer anderen Gruppe gegenüber schlechter gestellt ist. Bei einem bloßen Kostenvergleich mit den bestgestellten Mitbewerbern bliebe die gleichzeitige Besserstellung gegenüber einer anderen Gruppe unberücksichtigt[119].

---

den. 326 U.S. 773, 66 S.Ct. 230 (1945).

(118) Die Berechtigung dieses Einwandes läßt sich nicht einfach damit abtun, daß man darauf verweist, daß ja auch allen anderen Diskriminierten ein entsprechender Anspruch zustehe. Dieses Argument - auf die Spitze getrieben - würde letzlich bedeuten, daß schon gar keine Diskriminierung besteht, solange Ausgleichsansprüche begründet sind.
Außerdem muß der Diskriminierungstatbestand auch immer zweiseitig gesehen werden. Selbst wenn sich durch den Ersatzanspruch die Zahl der vom Lieferanten Schlechtergestellten um einen verringert, so bedeutet dies doch gleichzeitig für die weiterhin Benachteiligten eine Vermehrung der ihnen gegenüber Bevorzugten.

(119) Diese Überlegung scheint in der Entscheidung American Can Co. v. Russelville Canning Co., 191 F. 2d 38 (8th Cir. 1951), maßgebend gewesen zu sein. Vgl. dazu Clark, a.a.O., S. 409.

Selbst wenn man als Maßstab das arithmetische Mittel der verschiedenen Kostensätze verwenden wollte, bleibt die Lösung unbefriedigend, da es ausgeschlossen erscheinen muß, den gerade für den Kläger relevanten Markt abzugrenzen.

Clark[120] glaubt eine Relation zwischen Ausmaß der diskriminierenden Handlung und den Nachweisanforderungen aufstellen zu können. Er hält die Anerkennung des bloßen Preisunterschieds als Schadensmaßstab nur dann für gerechtfertigt, wenn sich die Diskriminierung nicht nur auf die Preisgestaltung des Betroffenen auswirkt, sondern gleichzeitigt eine wesentliche Beschränkung seiner Wettbewerbsstellung bedeutet. In diesen Fällen soll dann die Beeinträchtigung der Wettbewerbsstellung dem diskriminierenden Unterschied entsprechen und sich als Schaden in diesem manifestieren. Auch gegen diese restriktive Zulassung der "general damage" Berechnung überwiegen die Bedenken, daß durch jede schematisierende und daher notwendigerweise in Einzelfällen fehlerhafte Schadensbestimmung die Schutzzwecke des Rob. Patm. Act mehr Einbuße als Förderung erfahren. Es erscheint vielmehr auch hier allein vertretbar, die Anwendung der general damages Methode auf die wenigen Fälle zu beschränken, in denen es von vornherein ausgeschlossen erscheint, daß sich infolge eines leicht bestimmbaren Wettbewerbsmarktes die unterschiedliche Behandlung in irgend einer anderen Weise als in der Kostenrechnung allein auswirkt. Dies zumindest scheint das Ergebnis der Gus Blass Entscheidung zu sein, die ja ausdrücklich den Terminus "general damages" gebraucht. Ob hier das Gericht nicht einer Begriffsverwechslung unterlegen ist, soll nur als Frage angedeutet werden. Jedenfalls könnte gerade in diesem Fall der Nachweis von "special damages" nicht verschieden sein, und man wird wohl eher dazu neigen müssen, die Gus Blass Entscheidung als einen der Fälle zu sehen, in denen sich beide Schadensbestimmungen decken.

Im Rahmen dieser Darstellung bleibt eine genauere Analyse der Diskriminierungsfälle ausgeschlossen. Die wenigen Fälle sollten jedoch genügen, um wenigstens die Problematik des Schadensnachweises auch bei dieser Art von Wettbewerbsverstößen anzudeuten und eine Stütze für die Lösung der Fälle zu geben, in denen sich eine horizontale Absprache auch noch diskriminierend gegen den zum Schadensnachweis Verpflichteten auswirkt. Auch eine solche Verbindung erlaubt nicht, sich mit dem Nachweis von "general damages" zu begnügen. Wenn auch der Umstand der gleichzeitigen Diskriminierung die Weiterwälzung kartellmäßig erhöhter Preise weniger wahrscheinlich werden läßt, so hängt dies doch im Einzelfall von so vielen besonderen Umständen im weiten Bereich möglicher Diskriminierung ab, daß eine Beschränkung auf "general damges"-Anforderungen nicht angemessen erscheint. Andererseits wäre es eine Verkennung der unterschiedlichen Zwecke, die durch Gewährung von Ersatzansprüchen bei horizontalen Preiserho-

---

120) a.a.O., S. 410.

ungen und Diskriminierung erreicht werden sollen, wollte man bei einer solchen Verbindung lediglich die Fälle nach der "increased cost method" lösen, in denen die Diskriminierung für sich allein gesehen die Schadensbemessung in "general damages" rechtfertigt. Die Wahrscheinlichkeit möglicher Kostenüberwälzung kann durch eine Schlechterstellung gegenüber anderen Mitbewerbern so stark vermindert sein, daß die Kostenerhöhung als solche bereits wieder als Schaden angesehen werden kann, ohne daß sich etwa Kostenerhöhung und Diskriminierung zu entsprechen hätten und die letztere für sich zu einer bloßen Preisunterschiedsberechnung berechtigt hätte.

Eine systematischere Abgrenzung läßt sich nicht finden; zumindest würde sie nicht geeignet sein, einen Rahmen für pragmatische Einzelfallentscheidungen abzugeben. Nur dann können im allgemeinen die Voraussetzungen für eine general damages Berechnung als gegeben angesehen werden, wenn die gleichzeitige Diskriminierung nach Auswirkung und Umfang so einschneidend ist, daß eine mögliche Kostenweiterwälzung unwahrscheinlich bleibt.

) Kostenabwälzung bei Verstoß gegen den I.C.A.

Die "passing on" Regel ist darüber hinaus Angriffen ausgesetzt, die mit einer nzahl von Fällen aus dem Transportgewerbe geführt werden. Ähnlich wie im beits dargestellten Keogh Fall[121] verlangen hier Versender Ersatz wegen zu hoher, ettbewerbswidrig vereinbarter Frachtkosten. Wenn in diesen Fällen vielfach dem passing on" Einwand der Beklagten keine Beachtung geschenkt wird, so darf daraus nicht gleich auf eine Ablehnung oder Aufgabe dieser Rechtsprechung geschlossen werden[122]. Man sollte vielmehr nicht übersehen, daß in diesen Fällen oft wei Gesetzgebungsziele konkurrieren: die der Antitrust-Gesetze und die des Interate Commerce Act[123]. Letzterer nimmt praktisch das Transportwesen aus dem ereich der Antitrustgesetze. Zwar sind Absprachen und Kartellbildung auch für as Transportgewerbe generell verboten[124], doch kann die Interstate Commerce ommission auf Antrag Ausnahmen zulassen, wenn ihr dies ohne zu weit gehenden ettbewerbsausschluß im Interesse einer günstigeren Verkehrsabwicklung angeacht erscheint. Der entscheidende Unterschied zwischen beiden Zielrichtungen gibt sich jedoch aus § 1 para (5), wonach schon jede unangemessene und überhte Frachtrate ganz unabhängig von einer verbotenen Absprache verboten und getzwidrig ist. Das Gesetz gewinnt dadurch mehr den Charakter einer Preiskontrolle nd die Commission selbst erhält die Macht, angemessene und gerechte Raten von ch aus zu bestimmen[125]. Eine Zuwiderhandlung gegen beide Gesetze kommt nun

---

21) Oben IV 2, Anmerkung 84.

22) Comment: Proof Requirements in Antitrust Suits, 18 Chi. L. Rev. 130, 135 (1950/51).

23) 24 Stat. 379 (1887) as amended, 49 U.S.C. 1-510.

24) 49 U.S.C. § 5, 5 b (9). 125) 49 U.S.C. § 15 (1).

vor allem dann in Betracht, wenn einmal eine Freistellung von den Antitrustgesetzen nicht gewährt war und darüber hinaus die Vereinbarungen zwischen den Wettbewerbern zu unangemessen hohen Frachtraten führten. In diesen Fällen erscheint es dann unausweichlich, dem Geschädigten zumindest den Unterschied zwischen überhöhtem und angemessenem Preis ohne weitere Erwägungen zuzusprechen. Darauf hatte er schon bereits nach dem Interstate Commerce Act ein Recht [126] und der Umstand, daß er zusätzlich auch noch das Opfer einer Wettbewerbsbeschränkung wurde, kann diesen unmittelbaren Anspruch nicht beschränken. Daher ist hier kein Platz für eine "passing on" Verteidigung, die im Falle Adams v. Mills[127] auch ausdrücklich zurückgewiesen wurde. Justice Brandeis ging hier mit Recht davonaus, daß der nach § 8 des I.C.A. zum Ersatz berechtigende Schaden bereits und endgültig im Augenblick der Bezahlung der erhöhten Raten eintrat, und die Anrechnung eines späteren Ausgleichs dieses Nachteils dem Gesetzeszweck zuwiderlaufe, da dadurch die Schädiger ihrer Verpflichtung entgehen könnten[128]. Diese Begründung kann jedoch Gültigkeit nur im Bereich eines regulierten Marktes beanspruchen, wo Hauptziel der Sanktionen sein muß, zur Einhaltung bestimmter Preise zu zwingen. Anderes gilt aber im Wettbewerbsrecht, wo die Zuerkennung eines ungerechtfertigten Ersatzanspruches an einen Kläger einen den Entzug des ungerechtfertigten Vorteils an Bedeutung weit überwiegenden Schaden anrichten kann. Nur eine solche Orientierung an den grundverschiedenen Schutzrichtungen der beiden Gesetze verspricht eine zutreffende Würdigung der Fälle, in denen ein Schadensersatzanspruch allein wegen Frachtratenüberhöhung gewährt wurde[129] und vermeidet , aus diesen Fällen falsche Schlüsse für die Gültigkeit der "passing on" Regel zu ziehen. Dagegen wurde in Fällen einer Diskriminierung, die gem. § 2 I.C.A. besonders verboten ist, eine Unterschiedsberechnung wie etwa im Bruce's Juices Fall, abgelehnt. Im Falle Meeker v. Lehigh Valley Railroad Co.[130] wurde vielmehr nochmals besonders herausgestrichen, daß die Zuerkennung eines solchen Unterschiedsbetrags mit dem Gesetz unvereinbar und nur wieder eine zusätzliche Anerkennung einer Sonderrate wäre, die zu vermeiden das Gesetz ausdrücklich be-

---

126) 49 U.S.C. § 1 (5); § 9. Vgl. Louisville & N.R.Co. v. Sloss Sheffield Steel & Iron Co., 46 S.Ct. 73, 269 U.S. 217 (1925).

127) 286 U.S. 397 (1932).

128) Zu einem entsprechenden Ergebnis gelangt auch Mills v. Lehigh Valley Railroad Co., 238 U.S. 473 (1915).

129) Außer den bereits erwähnten Fällen sind dies vor allem noch Thomson v. Kayser, 243 U.S. 66 (1917); Southern Pacific Co. v. Darnell Taenzer, 245 U.S. 531 (1918); Atchison R.Co. v. Spiller, 253 U.S. 117 (1920).

130) 236 U.S. 412 (1915), ebenso in Davis v. Portland Seed Co., 264 U.S. 403 (1924).

immt[131]. Auch hier darf wiederum der Unterschied der beiden Gesetze nicht bersehen werden. Während die Antitrustgesetze allein eine den Wettbwerb beinträchtigende Ungleichbehandlung von Gleichgestellten bekämpfen, genügt ir einen Verstoß nach dem I.C.A. bereits das Abweichen von der Normalrate ugunsten oder zu Lasten eines Versenders, ohne erforderlichen Nachweis weiterer uswirkungen.

Weder die Sonderfälle aus dem Bereich des Interstate Commerce Act noch einie in der Formulierung den besonderen Sachverhalt außer Acht lassende Entscheiung, lassen die fortbestehende Gültigkeit der "passing on rule" anzweifeln[132]. ls Zwangsmittel zum Einzelschadensnachweis beherrscht sie weiterhin das Beeisstadium in Fällen, in denen der Kläger den Schaden in erster Linie in seiner rhöhten Kostenlast sieht. Insoweit bleibt damit auch die "increased cost" Schaensberechnung von Bedeutung, die bei der entsprechenden Beweislastverteilung un nicht mehr als ein Versuch, "general damages" nachzuweisen, angesehen werden kann, sondern zu einer der verschiedenen Möglichkeiten beim Nachweis von special damages" wird.

5. Die Bestimmung unbekannter Wettbewerbspreise

Davon abgesehen verbleibt für wenige Sonderfälle den "increased costs" eine igenständige Bedeutung zur Geltendmachung von "general damages". Dies trifft u in den Letztverbraucherfällen, in Fällen der gesetzwidrigen Absprache ledigch untergeordneter Kostenfaktoren, die keine direkten Preisveränderungen bewirken, und in den Fällen, in denen Preisabsprachen mit einer die Wettbewerbspotion beeinträchtigenden Diskriminierung zusammengeraten. In dieser Minderheit aktischer Fälle hat dann der Geschädigte zur erfolgreichen Durchsetzung seiner satzansprüche noch eine weitere Hürde zu überwinden: ihm obliegt der Nachweis es Preises, der sich ohne Wettbewerbsbeschränkung gebildet oder Bestand gehabt ätte und der die Basis für die Unterschiedsberechnung sein muß. Obwohl diese tzte Anforderung zugleich als die schwierigste erscheinen mag, ist es überrahend, daß nur wenig Fälle bekannt sind[133], in denen die Klage gerade an diem Erfordernis gescheitert wäre. Irgendwie fanden sich immer Anhaltspunkte, die en hypothetischen Preis mit ausreichender Sicherheit und Genauigkeit abschätzbar achten. In diesem Bestreben jagten die amerikanischen Gerichte nicht etwa ealen der Preisbildung im vollkommenen Wettbewerb nach, sondern suchten al-

---

31) 49 U.S.C. § 2.

32) Zweifelnd: Note: Antitrust Enforcement by Private Parties, 61 Yale L.J. 1010, 1023 (1952).

33) Z.B. American Sea Green State Co. v. O'Halloran, 229 Fed. 77 (N.Y. 1915); Chapman v. General Petroleum Co., 52 P. 2d 190.

lein die Bedingungen zu ermitteln, die ohne den beeinträchtigenden Verstoß gegolten hätten. Da die amerikanischen Gerichte somit keinem marktheoretischen Modell verpflichtet waren, konnten sie es sich auch erlauben, selbst an den Nachweis eines solchen hypothetischen Preises großzügige Beweismaßstäbe zu legen und in Grenzfällen sich von der später noch genauer zu besprechenden Beweisregel leiten lassen, daß Beweisschwierigkeiten, die durch eine verzerrte Wettbewerbssituation bedingt sind, dem Kläger nicht zum Nachteil gereichen dürfen[134].

Ein kurzer Rückblick auf die besprochenen Fälle mag einige hilfreiche Gesichtspunkte zur Bewältigung dieser Aufgabe aufzeigen. So war im Chattanooga Fall der Schaden des Käufers in dem besonderen Bonus gesehen worden, den der Verkäufer insgesamt den anderen Mitgliedern eines Submissionskartelles zu leisten hatte. In den "Oil Jobber" Fällen war der vor der Preisbestimmung durch Socony Oil Co., - die sich zeitlich genau festlegen ließ - herrschende Preis ausreichender Anhaltspunkt. In Straus v. Victor wirkte sich die Absprache gleichzeitig in einer empfindlichen Diskriminierung aus, sodaß als Berechnungsgrundlage der hier niedrigere Preis der Konkurrenten dienen konnte. Im Gus Blass Fall schließlich lag die auszugleichende Diskriminierung in einer Nebenleistung, die sich eindeutig in Dollar und Cents bestimmen ließ. In einigen weiteren Fällen konnte dieser Anforderung ebenfalls im Hinblick auf besondere Umstände genügt werden. So konnte als Schaden in Pfotzer v. Aqua System Inc. [135] ein 15 % Preisaufschlag gesehen werden, den die Beklagte als Patentinhaberin allen nicht an einer Marktaufteilungsabsprache beteiligten Lizenznehmern zu berechnen sich verpflichtete. In Monarch Tobacco Works v. American Tobacco Comp.[136] glaubte sich das Gericht unter den besonders liberalen Beweisregeln des Staates Kentucky berechtigt, allgemein gehaltene Behauptungen des Klägers, solange nicht widerlegt, als ausreichend für Schadensschätzungen anzuerkennen. Schließlich lag auch der erfolgreichen Klage in American Cooperative Serum Ass'n. v. Anchor Serum Comp.[137] eine Unterschiedsberechnung zugrunde, die als Geltendmachung von "general damages" zu sehen ist. Der Fall beruhte allerdings auf einem etwas verschiedenen Sachverhalt, denn der Kläger war hier nicht Kunde oder Lieferant einer wettbewerbswidrigen Vereinigung, sondern sah sich als deren Konkurrent gezwungen, seinen eigenen Preis den Preisunterbietungen anzupassen. Das Gericht anerkannte die Berechnung eines Buchprüfers, der als Schaden das verkaufte Waren-

---

134) Rynveld v. Dupuis, 39 F. 2d 399 (5th Cir. 1930).

135) 162 F. 2d 779 (2nd Cir. 1947).

136) 165 Fed. 774 (C. C. Ky. 1908).

137) 153 F. 2d 907 (7th Cir. 1946), rehearing den. 329 U.S. 826, 67 S.Ct. 182 (1946).

olumen multipliziert mit der Differenz aus Preis vor und nach der Preisunterbie-
ng errechnet hatte. Dabei fällt vor allem auf, daß ein ähnlicher Versuch in
terson Parchment Paper Co. v. Story Parchment Co. [138] fehlgeschlagen war,
ne daß das Gericht sich nun bemüht hätte, eine leicht zu findende Unterschei-
ng zu treffen.

Einige weitere interessante Fingerzeige gibt die Entscheidung American
rystal Sugar Co. v. Mandeville Island Farms, Inc. [139].
uckerrübenfarmer, die vertraglich an eine Zuckerfabrik gebunden waren, wur-
n mit einem bestimmten Prozentsatz der Nettoeinnahmen der Zuckerfabrik
tschädigt. Einer Absprache unter den Zuckerherstellern zufolge wurde dieses
stem jedoch dahingehend abgeändert, daß anstelle der Nettoeinnahmen der be-
agten Zuckerfabrik der Durchschnittsnettoerlös von drei Konkurrenzbetrieben,
e sich insoweit abgesprochen hatten, die Grundlage bildete. Die Zuckerrüben-
uer, die sich dadurch schlechter stellten, strengten eine Klage an und verlang-
n den Unterschied zwischen den ausbezahlten Erträgnissen und dem Betrag, den
e ohne die Absprache erzielt hätten. Hier lagen zwei Vergleiche zur Bestim-
ung dieser hypothetischen Erlöse nahe: 1. Berechnung des prozentualen Ertrags
f der Basis der Nettoeinnahmen der Beklagten allein ohne Berücksichtigung der
urchschnittsverdienste. 2. Berechnung durch Vergleich der Erträgnisse, die
e Farmer in den Jahren, bevor es zu der wettbewerbsbeschränkenden Absprache
kommen war, erzielt hatten. Überraschend, aber im Ergebnis doch wohl rich-
, stützte sich das Gericht auf den zweiten Maßstab in der Erkenntnis, daß die
ettoeinnahmen der Beklagten während der in Frage stehenden Zeit selbst bereits
rch die Absprache als so verfälscht angesehen werden mußten, daß sie nicht als
undlage für einen Schadensersatzanspruch dienen konnten, sodaß hier ohne über-
ugende Gegenbehauptung der Beklagten unterstellt wurde, daß sich das frühere
eisniveau ohne die Wettbewerbsabsprache nicht geändert hätte. Der modernste
rsuch, den hypothetischen Wettbewerbspreis als Vergleichsbasis zu ermitteln,
in der Kette von Schadensersatzklagen, die auf Strafurteile wegen Preisabspra-
en in der Elektroindustrie [140] folgten, gegenwärtig vor amerikanischen Gerich-
n in 1. Instanz anhängig. Die auf dreifachen Schadensersatz gerichtete Klage
r Tennessee Valley Authority [141], einem privatrechtlich organisierten staatli-
en Versorgungsbetrieb, stellt folgende Tatsachen zu Beweis: Während einer Zeit-
anne von 3 Jahren (1956 - Anfang 1960) kaufte die TVA eine größere Anzahl

---

8) 37 F. 2d 537 (C.C.A. Mass. 1930); cert. granted 281 U.S. 711, 50 S.Ct. 334 (1930).

9) 195 F. 2d 622 (9th Cir. 1952) cert. den 343 U.S. 957, 72 S.Ct. 1052 (1952).

0) Febr. 7, 1961. Vgl. dazu Smith, The Incredible Electrical Conspiracy, Fortune, April 1961, S. 132.

1) U.S.D.C.E.D.Pa. Civil No. 29379, 4. März 1961.

von Hochspannungstransformatoren verschiedener Typen. Kostenvergleiche zeigen einen scharfen Preisabfall während der Zeit von August - November 1958. Dies war, wie sich herausstellte, gerade die Zeit, zu der sich die Hersteller zu einer Fortsetzung ihrer bestehenden Preisabsprachen nicht hatten entschließen können[142]; die Klägerin macht daher geltend, daß gerade während dieser Zeit die Preise einem tatsächlichen Wettbewerbspreis am nächsten gekommen seien. Während dieses Bemessungszeitraumes hatte TVA von 10 verschiedenen Typen gekauft, sodaß sich für die früheren und späteren Bezüge gleicher Bauart genaue Unterschiedsberechnungen ermöglichten. Für weitere 30 Bautypen lagen jedoch keine Preise aus dem Bemessungszeitraum vor. Hier behalf sich die Klägerin damit, ihrer Schadensberechnung eine insgesamt 40 % Überteuerung zugrundezulegen, die sich in eben dieser Höhe beim Vergleich der erwähnten 10 Bautypen ergeben hatte. Dieser Berechnung zufolge verlangt allein TVA von sechs gemeinsam beklagten Firmen [143] Ersatz eines Schadens von $ 2.492.897.00, was für den Fall der Verdreifachung[144] eine Schadensersatzpflicht von fast 7 1/2 Millionen Dollar bedeuten würde.

Inwieweit die Gerichte eine solche Berechnungsweise anerkennen werden, kann kaum vorausgesagt werden. Die strenge Bestrafung der Verantwortlichen im vorausgegangenen Strafverfahren, eine nachfolgende Untersuchung im Senat und die große Anteilnahme der Presse deuten jedoch daraufhin, daß alle Anstrengungen unternommen werden, künftig solche Verstöße gegen die Antitrustgesetze zu unterbinden und daß dementsprechend die Gerichte sich auch nicht vor der Zuerkennung riesiger Ansprüche scheuen werden, wenn der Schadensnachweis nur verläßlich bestimmt erscheint. Eine noch unbegrenzte Welle von weiteren Schadensersatzansprüchen[145], die das ganze Land bis zur kleinsten Gemeinde, die einmal von den verurteilten Firmen gekauft hat, zu allen erdenklichen Beweisanstrengungen[146] aufstachelt, ruft die ähnliche Entwicklung im An-

---

142) Die Klageschrift nennt dies "base period" im Unterschied zu dem Gesamtzeitraum der Schädigung "computation period".

143) Die einzigen Hersteller solcher Geräte in den U.S.A.

144) Diese erscheint sehr fraglich, da die TVA als staatlicher Betrieb wohl nur ein Klagerecht gem. § 4 a Clayton Act auf einfachen Ersatz hat.

145) Die Regierung selbst zusammen mit der TVA hat noch 6 weitere Klagen eingebracht, mit denen Ersatz für Preisüberhöhungen bei anderen Ausrüstungen verlangt wird. In all diesen Klagen ist aber zum Berechnungsproblem nichts beigetragen. Es heißt dort jeweils: "... has been injured and financially damaged by defendants in an amount which is presently undetermined".

146) Öffentliche Körperschaften haben sich zusammengetan und eine aus Juristen und Nationalökonomen bestehende Kommission gebildet, die errechnen soll, welche Preise ohne Absprache gegolten hätten. Vgl. New York Times v.

schluß an den Socony Oil und den Paramount Pictures Fall in Erinnerung. Sie zeigt erneut die Bedeutung des Schadensersatzanspruches und auch die gleichzeitigen Gefahren vor allem der Verdreifachung, die ein Unternehmen, das sich solchen Klagen ausgesetzt sieht, nicht nur an der Börse in Mißkredit bringt, sondern auch an den Rand des Bankrotts führen kann.[146a)]

V. Schadensnachweis durch Absatzverluste

Die gewisse Überbetonung und Fehlentwicklung der "passing on" Regel, die wohl vor allem auf eine unzulässige Verallgemeinerung der "Oil Jobber" Fälle zurückzuführen ist, hat unglücklicherweise auch vielfach zu einer Verwirrung verschiedener Beweismethoden geführt. Mancher Fall, in dem der Kläger wegen möglicher oder tatsächlicher Kostenweiterwälzung erfolglos blieb, ließ die Frage der Berechnung entgangenen Gewinns unerörtert. Dabei schließen sich beide Berechnungsmethoden keineswegs aus. Natürlich dürfen im letzten Fall erhöhte Einkaufskosten nicht gleichfalls bei der Gewinnabrechnung berücksichtigt werden, doch können Umsatzrückgang und Kundenverlust noch daneben besondere Ausgleichsansprüche begründen. Damit deutet sich bereits an, daß der Berechnung entgangenen Gewinns ganz verschiedene Umstände zugrundeliegen können.

1. Verlust einzelner Kunden oder Abschlüsse

In erster Linie ist daran zu denken, daß Preiserhöhungen, die einem Händler aufgezwungen werden, zu Kundenabwanderung und Umsatzverlust führen[147)]. Das Kaufinteresse der Kundschaft kann sich auf etwa billigere Konkurrenzprodukte oder, wo solche nicht vorhanden sind, auf Substitutionsgüter verlagern. Der Kläger hat hier sichere Erfolgsaussichten, wenn es ihm gelingt, nachzuweisen, daß der Verlust eines bestimmten Kunden oder eines sonst sicheren Auftrages gerade auf die unzulässig bewirkte Preiserhöhung zurückzuführen ist. So setzten sich die Kläger in Albert Pick Barth v. Mitchell Woodbury Corp. [148)] durch, die nachweisen

---

13. März 1961.

46a) Nach neuestem Stand sind von Regierungsseite 11, von privater Seite 418 Klagen erhoben worden. Die Firma General Electric hat allerdings inzwischen mit der Regierung einen Vergleich geschlossen und sich gegen Rücknahme der Klagen zur Ersatzleistung in Höhe von $ 7.470.000 verpflichtet. Vgl. von Tirpitz, BB AWD 62, 348.

47) Vgl. Clark, a.a.O., S. 364 und die dort angeführten Fälle.

48) 57 F. 2d 96 (1st Cir. 1932); cert.den 286 U.S. 552; 52 S.Ct. 503 (1932).

konnten, daß frühere Angestellte, die sich mit einem Konkurrenzunternehmen abgesprochen hatten, einzelne Kunden abgeworben und der Firma dadurch einen empfindlichen Schaden zugefügt hatten. Auch die Entscheidung in Peto v. Howell [149] paßt in diese Gruppe. Der Kläger erlangte dafür Schadensersatz, daß ihm durch monopolisierten Aufkauf von Getreide die Möglichkeit für eigene, bestimmte und gewinnbringende Geschäftsabschlüsse genommen wurde[150].

2. Entgangener Gewinn als Schaden

Bestehen nun für einen solchen Einzelschadensnachweis nicht genügend Anhaltspunkte, so bleibt dem Kläger immer noch, nachzuweisen, daß seine Einnahmen insgesamt infolge der Beschränkung hinter den sonst berechtigten Erwartungen zurückblieben. Auch dies ist eine unter das Vorzeichen "lost profits" zu stellende Schadensberechnungsweise[151], die nur an den Geschäftsverlauf insgesamt und nicht an einzelne konkrete Geschäftsbeziehungen anknüpft. Auf solch breiter Basis verspricht natürlich diese Berechnung den größtmöglichen Ersatz und es ist allein darum nicht verwunderlich, daß sie auch in der Praxis bei weitem alle anderen Nachweisbestrebungen überwiegt[152]. Der großen Verlockung entspricht dann auch die Schwierigkeit, eine solche Schadensberechnung mit der für den Beweis erforderlichen Sicherheit durchzuführen.

a) Bestimmtheitsanforderungen im Beweisrecht

Hier, wo es sich nur um den Nachweis von "special damages" handelt, muß die generelle Regel des Schadensersatzrechtes gelten, wonach nur mit Sicherheit

---

149) 101 F. 2d 353; cert. den. 313 U.S. 583, 61 S.Ct. 1103 (1941).

150) Weitere lehrreiche Fälle in dieser Gruppe sind: Decorative Stone Co. v. Building Trades Council, 18 F. 2d 333 (D.C.N.Y. 1927); American Sea Green Slate Co. v. O'Halloran, 229 Fed. 77 (2nd Cir. 1915); Atlanta Brick Co. v. O'Neal, 44 F. Supp. 39 (D.C. Tex. 1942); Mc Whirter v. Monroe Calculating Machine Co., 76 F. Supp. 456 (D.C. Mo. 1948); Wheeler Stenzel Co. v. National Window Glass Jobbers Ass'n., 152 Fed. 864 (3rd Cir. 1907).

151) Comment: Proof Requirements in Antitrust Suits, 18 U.Chi. L.Rev. 130, 132 (1950/51) trifft hier eine wohl kaum weiterführende Unterscheidung in "diminished revenue" und "lost profits", wobei die letzte Bezeichnung nur für bestimmte Gewinnverluste gebraucht werden soll.

152) Doyle, a.a.O., S. 150. Es darf allerdings nicht übersehen werden, daß die bei weitem größte Zahl aller Schadensersatzklagen aus Boykott- und Diskriminierungssituationen entstand, die meist gar keinen anderen Nachweis zuließen.

nachgewiesener Verlust ersetzt verlangt werden darf[153]. So läßt sich auch der sehr geringe Erfolg aller Schadensersatzklagen während des ersten halben Jahrhunderts der Geltung des Sherman Acts vor allem mit einem Scheitern an diesen "certainty" Anforderungen erklären. Während die Gerichte durch eine enge Begrenzung der "general damage" Fälle möglichst allen zusätzlichen, durch Gerichtsentscheidungen begründeten Verfälschungen vorbeugen wollten, mußten sie andererseits erkennen, daß allzu strenge Bestimmtheitsanforderungen erfolgreiche Schadensersatzklagen fast ganz ausschließen und zu einem recht harmlosen, unbedeutenden Kampfmittel für freien Wettbewerb machen würden. Die Entwicklung einer zunehmend großzügigeren Rechtsprechung, die ihre Beweisanforderungen milderte, zeigt, daß die Gerichte nicht gewillt waren, ein solches Mittel privater Rechtsdurchsetzung preiszugeben, und ganz im Gegenteil solchen Ansprüchen eine besondere Bedeutung zuerkannten. Dabei darf, um eine Überbetonung dieser Entwicklung zu vermeiden, allerdings nicht übersehen werden, daß eine entsprechende Tendenz der Klägerbegünstigung das Schadensersatzrecht insgesamt beeinflußt[154].

b) Präzisierung der Gewinnerwartung

Das erste Problem, das sich für diese Berechnungsart stellt, ist die mehr rechtspolitische als beweistechnische Entscheidung, ob für einen entgangenen Gewinn, der ausschließlich einer allgemeinen Geschäftserwartung entspricht und sich darüber hinaus noch in keiner genaueren Form abzeichnet, überhaupt Ersatz verlangt werden kann. Für eine Abweisung solcher Ansprüche ließe sich immerhin anführen, daß ihre Berechnung doch mehr auf Spekulation als auf Sicherheit beruht und diese daher zumindest für die dazu noch durch die Verdreifachung besonders gelagerten Fälle im Antitrustrecht nicht brauchbar ist. Gerade diese Argumentation machte sich die frühe Entscheidung in Central Coal & Coke Co. v. Hartmann[155] zu eigen, auf die in Anspruch genommene Beklagte auch heute noch immer zurückgreifen, obwohl inzwischen nachgewiesen ist, daß weitschweifige Formulierungen das Gericht über sein Ziel, gerade nur den anhängigen Fall zu entscheiden, hinausschießen ließen[156]. Der Kläger hatte hier zwar nachzuweisen vermocht, daß er einzelne Kunden verloren und insgesamt einen Umsatzrückgang erlitten hatte. Dennoch schienen die Folgerungen, die der Kläger für den Gesamtgeschäftsverlauf anstellte, strengen Bestimmtheitsanforderungen nicht zu

---

153) Restatement of the Law of Torts, Vol. IV § 912 (1939); Mc Cormick, Handbook on the Law of Damages, Part. III S. 97-117 (1935); Sedgwick, Damages, 9th ed. 1912 334-336.

154) Note: Developments in the Law-Damages, 61 Harv. L. Rev. 113 (1947/48).

155) 111 Fed. 96 (8th Cir. 1901).

156) In diesem Sinne Clark, a.a.O., S. 367; auch Donavan & Irvine, a.a.O., S. 516 Anm. 27.

genügen, sodaß es zu einer Klageabweisung kam. Ein viel späterer Fall, Baush Machine Tool Co. v. Aluminium Comp. of America[157] gelangte noch immer zu dem gleichen Ergebnis, wofür allerdings eine besondere Fallgestaltung bestimmend war. Der Kläger sah sich einer Preiszange des größten Aluminiumherstellers ausgesetzt. Alcoa lieferte ihm Rohaluminium nur zu sehr teueren Preisen, während es die Aluminiumprodukte selbst zu Schleuderpreisen auf den Markt warf. Dem Kläger war dadurch verwehrt, jemals einen Jahresabschluß mit Gewinn zu erreichen, und als er nun gezwungen war, nähere Angaben über verursachten Gewinnentgang zu machen, tat das Gericht die Darstellungen seines Generaldirektors als unsichere Schätzungen ab. Die Folgerungen dieser Entscheidung sind dabei für den Schutzsuchenden wenig ermutigend, denn immer dann, wenn der freie Zugang zum Markt bereits so stark beeinträchtigt ist, daß für einen Branchenneuling von vornherein ein gewinnbringender Betrieb ausgeschlossen ist, versagt der Schadensersatzanspruch. Systematisch richtiger müßte dieses Urteil wohl in die Gruppe der Fälle eingeordnet werden, in denen ein Ersatzanspruch deswegen verneint wird, weil es an dem als Rechtsgut geschützten eingerichteten Geschäftsbetrieb fehlt[158]; denn solange ein Unternehmen von Anfang an nicht in der Lage ist, einen positiven Abschluß zu erzielen, kann man auch kaum die Voraussetzung "established in business" als gegeben ansehen. Dann aber ist der Vorwurf der Widersinnigkeit an das Beweisrecht[159] vermieden und die Unterlassungsklage als das allein angemessene Rechtsmittel nahegelegt.

c) Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.

Die erste genauere Stellungnahme des U.S. Supreme Court konnte sich auf eine Reihe untergerichtlicher Entscheidungen beziehen, die zum größten Teil den Schadensnachweis als nicht erbracht ansahen[160] und nur in einigen wenigen Fällen[161] einen Ersatzanspruch für begründet hielten. In Eastman Kodak

---

157) 79 F. 2d 217 (2nd Cir. 1935).

158) Siehe dazu das Urteil Triangle Conduit v. National Electric Products Corp., 152 F. 2d 398 (3rd Cir. 1945).

159) Mc Connell, The Treble Damage Action, 1950 Univ. of Ill. L.F. 659, 665.

160) U.a. vgl. Jack v. Armour, 291 Fed. 741 (8th Cir. 1923); Victor Talking Machine Co. v. Kemeny, 271 Fed. 810 (rd Cir. 1921): dem Kläger war es nicht gelungen, nachzuweisen, was er bei freien Marktbedingungen hätte verdienen können; Eastman Kodak Co. v. Blackmore, 277 Fed. 694 (2nd Cir. 1921) kein zureichend sicherer Beweis; Loder v. Jayne, 142 Fed. 1010 (D.C.Pa 1906): Kläger konnte nicht nachweisen, daß er irgendwelche Einbußen erlitten hatte.

161) Frey & Son v. Welch Grape Juice Co., 240 Fed. 114 (4th Cir. 1917): be-

Co. v. Southern Photo Materials Co.[162] fand dann als Berechnungsbasis der Vergleich der Gewinn- und Verlustrechnung aus der Schädigungs- und aus einer vorausgehenden früheren Geschäftsperiode die höchstrichterliche Anerkennung. Eastman Kodak konnte sich auf dem Gebiet des Photozubehörs und -materials einer monopolartigen Stellung erfreuen und diese Macht durch Preisbindungen, Ausschließlichkeitsklauseln und noch weitere vertikale Beschränkungen ausnützen. Der Kläger war Photogroßhändler, der in den Südstaaten eingeführt war. Im Jahre 1910 kaufte Eastman Kodak beim Aufbau einer eigenen Vertriebsorganisation eine Anzahl solcher Photohändler auf, was jedoch beim Kläger mißglückte. Eastman weigerte sich daraufhin, den Kläger weiterhin zum Großhändlerrabatt und im alten Umfang zu beliefern mit dem Erfolg, daß der Kläger in der Folge nur noch kaum die Hälfte der Nachfrage seiner Kunden nach Eastman Ware befriedigen konnte. Der Kläger machte einen Schaden geltend, sah sich aber in einer sehr schwierigen Beweislage, denn einmal verkaufte er nicht ausschließlich Eastman Ware, sodaß es fast unmöglich schien, Gewinn und Verlust nach Warenmarke abzugrenzen; zum anderen - und das war schwerer wiegend - hatte der Kläger in den Jahren vor 1910 jeweils mit einem Verlust abgeschlossen und lediglich die Geschäftsjahre 1910 und 1911 hatten einen bescheidenen Gewinn erbracht. Außer mit diesen Beweisunsicherheiten konnte sich Eastman noch mit einem weiteren Einwand verteidigen, wonach selbst in dem Fall, daß das Gericht in den Jahren vor 1910 einen Gewinn für die Eastman Produkte ermitteln sollte, dieser einer Ersatzforderung nicht zugrunde gelegt werden könne, da er auf ein inzwischen unzulässig erklärtes Preisbindungssystem[163] zurückzuführen sei.

Trotz dieser vielfachen Einwendungen legte das Gericht seinem Urteil eine Berechnung zugrunde, die die 4 Jahre seit 1910, für die der Kläger Schaden geltend machte, mit einer entsprechenden Geschäftsperiode von 1906-1910 vergleich. Den Bruttoeinnahmen aus der früheren Periode wurden mutmaßliche Geschäftsauf-

---

gründete Gewinnabschätzungen ließen den Schaden ausreichend bestimmen. Dazu dann noch später: Albert Pick Barth Co. v. Mitchell Woodbury Corp., 57 F. 2d 96 (1st Cir. 1932) cert.den. 286 U.S. 552: Gewinneinschätzung der beim Kläger Beschäftigten als ausreichender Maßstab; William H. Rankin Co. v. Associated Bill Posters, 42 F. 2d 152 (2nd Cir. 1930) cert.den. 282 U.S. 864: ausreichend bestimmte Schadensschätzung. American Can Co. v. Ladoga Canning Co., 44 F. 2d 763 (7th Cir. 1930): Schadensbestimmung durch Vergleich des Geschäftsverlaufs während einer freien Wettbewerbsperiode und durch Verlgeich mit den Ergebnissen anderer gleichartiger Unternehmen.

162) 273 U.S. 359; 47 S.Ct. 400 (1927); im Anschluß an Eastman Kodak Co. v. U.S., 226 Fed. 62, app.dism. 255 U.S. 578 (1921).

163) Anordnung d. Regierung in einem Equity Verfahren. Siehe Anmerkung 162.

wendungen in Abzug gebracht und daraus ein Reingewinn ermittelt, der dann im Vergleich mit den wirklich erzielten Geschäftsergebnissen den Schaden ergab. Diese Entscheidung mußte in mehrfacher Hinsicht überraschen. Einmal lagen hier die Beweisvoraussetzungen für eine Gesamtgewinnentgangsberechnung äußerst ungünstig und eine ähnliche Begründung, wie sie später im Baush-Fall gebraucht wurde, hätte hier leicht zu einer einfacheren Klageabweisung führen können. Außerdem wäre hier nun ein Fall gewesen, wo eine Geltendmachung von general damages leichter wenigstens zu einem Teilergebnis hätte führen können, denn durch den Verlust des Großhändlerrabbattes war der Kläger gegenüber den Mitbewerbern und der Verkaufsorganisation von Eastman selbst so sehr benachteiligt, daß mit größter Wahrscheinlichkeit die Preiserhöhung von ihm selbst getragen werden mußte[164]. Und schließlich verfiel das Gericht zur Begründung seiner aufgeschlossenen Haltung in so allgemein gehaltene Redewendungen, daß erst die Folge weiterer Fälle zeigte, daß sie nicht wörtlich genommen werden durften. Dies trifft vor allem zu für die Überbetonung einer schon älteren Beweisregel, wonach sich der Beklagte dann nicht auf gewisse Unsicherheiten bei der Beweisführung berufen darf, wenn die Schwierigkeiten dazu gerade seinem eigenen unzulässigen Verhalten zuzuschreiben sind[165]. Als Fazit dieser ersten Stellungnahme des höchsten Gerichts darf aber dennoch herausgestellt werden, daß zumindest eine strenge Auslegung der Bestimmtheitserfordernisse im Beweisrecht überwunden wurde. Während zwar vielfach noch der sichere Nachweis eines in Dollar ausdrückbaren Verlustes gefordert wurde[166], erleichterte das Eastman Kodak Urteil die Anforderungen dahingehend, daß bereits der Nachweis bestimmter Umstände genügt, wenn diese eine einigermaßen sichere Folgerung auf den Schaden erlauben.

---

164) Hier drängt sich vor allem die Parallele zu dem weiter oben besprochenen Fall Straus v. Victor Talking Machine, 297 Fed. 791 (2d Cir. 1924) auf, wo die abstrakte Berechnung an der Kostenerhöhung zu einem Ersatzanspruch geführt hatte, obwohl die Kläger die in Frage stehenden Schallplatten nur zu Verlustpreisen abgesetzt hatten.

165) Clark, a.a.O., S. 375 kritisiert eine solche Regel als "question begging device" und es wäre ihm wohl zuzustimmen, wenn das Gericht soweit ginge auch bereits den Nachweis, daß überhaupt eine haftungsbegründende Schadigung eingetreten ist, nach diesem Beweissatz zu beurteilen, denn seine Anwendung setzt ja eben die verantwortliche Zufügung eines Schadens voraus.

166) Vgl. die Fälle Keogh v. Chicago & N.W.Ry.Co s. Anm. 84, Central Coal Co. v. Hartmann s. Anm. 155.

d) Story Parchment v. Paterson Parchment Paper Co.:
Klägerbegünstigende Beweisregel

Nur wenige Jahre später fand diese aufgeschlossene Haltung in Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.[167] eine neue Bestätigung. Diesem Fall kommt für die weitere Entwicklung vor allem deswegen besondere Bedeutung zu, weil hier die Beweisanforderungen für Schadensentstehung und Schadensumfang eine verschiedene Beurteilung erfuhren. Die Beklagten, zwei Pergamentfabrikanten, hatten mit noch einer weiteren Firma eine marktbeherrschende Stellung, die sie noch durch Preisabsprachen gesichert hatten. Der Kläger wollte als Branchenneuling mit besserem und um 5 % billigerem Papier sich einen Marktanteil erobern. Die Beklagten erwiderten diese Herausforderung jedoch mit eigenen Preisabschlägen und behielten in dem nun folgenden Preiskampf letztlich die Oberhand und trieben den Kläger zum Bankrott. Dieser verlangte als Ersatz nun 1. seinen durch die Preisschleuderei erlittenen Gewinnverlust, den er, gemessen am Unterschied zwischen den Kampfpreisen und einem angemessenen Preisniveau mit $ 20.000 angab, und 2. die im Konkurs erlittene Minderung des Geschäftswertes insgesamt. Der erste Anspruch muß an sich als Geltendmachung eines general damage angesehen werden, der nur seiner großen Bedeutung für die Bestimmtheitsanforderungen im Beweisrecht wegen in diesem Zusammenhang dargestellt werden soll. Die Berechnungsvorschläge des Klägers müssen allerdings als widersprüchlich erscheinen, wenn dieser als angemessen (reasonable) den Preis ansieht, der zur Zeit seiner ersten Bemühungen auf dem Markt herrschte, obwohl bereits während dieser Periode die drei Oligopol-Unternehmen die Preise abgesprochen und damit wohl auf einem unzulässig hohen Niveau gehalten hatten. Das Gericht 1. Instanz gab der Klage statt und sprach dem Kläger einen zu verdreifachenden Ersatzanspruch von $ 65.000 zu. In der Berufungsinstanz[168] wurde der Schadensnachweis jedoch als ungenügend angesehen und das Urteil aufgehoben. Obwohl hier die bekannten Argumente zur Beweisanforderung erneut herausgestellt wurden[169], führt eine genauere Untersuchung der Urteilsbegründung zu dem Eindruck, daß die Fallentscheidung durch andere Gesichtspunkte bestimmt war. Immer wieder wird die Überzeugung des Gerichts spürbar, daß sich die Beklagte und der dritte Pergamentfabrikant auch ohne haftungsbegründende Absprache gegen den Neuling zur Wehr gesetzt hätten und auch dann ein gleicher Erfolg dank ihrer Kapitalüberlegenheit nicht hätte ausbleiben können.

---

167) 282 U.S. 555; 51 S.Ct. 248 (1931).

168) 37 F. 2d 537 (1st Cir. 1930). Dieses Urteil ist besprochen in: Note: Proof of Damage Under the Antitrust Act, 39 Yale L.J. 1035 (1929/30).

169) Beachtenswert ist hier, daß das Gericht der Jury grundsätzlich die Kompetenz zuerkennt, einen nichtexistenten angemessenen Marktpreis festzulegen, a.a.O., S. 541.

Dies aber sind Überlegungen zum Kausalzusammenhang, was nur die frühere Fest stellung bestätigt, daß eine scharfe Trennungslinie zwischen Verletzung des geschützten Rechtsgutes, Kausalzusammenhang und Schaden in den Entscheidungen nicht auffindbar ist[170]. Der Supreme Court [171], der das Berufungsurteil wieder aufhob und die Entscheidung 1. Instanz bestätigte, verstand diese Bedenken offensichtlich nicht. Er setzte sich vielmehr über sie hinweg, indem er eine weitere einschneidende Beweiserleichterung guthieß[172], wonach er das Bestimmtheitserfordernis nur noch für den Nachweis forderte, daß tatsächlich eine ersatzverpflichtende Schädigung stattgefunden hatte, während das genaue Ausmaß der Schädigung nicht mit gleicher Bestimmtheit dargelegt werden mußte. Diese Unterscheidung nach Haftungsbegründung und -ausmaß [173] muß in diesen besonderen Fällen nun recht fragwürdig erscheinen; sie hat sicherlich Sinn, wenn sich beide Haftungsvoraussetzungen aus verschiedenen Beweisthemen ergeben. Dies ist jedoch in Antitrustfällen kaum der Fall, denn die Umstände, die eine Unternehmensschädigung beweisen, sind dieselben, die in erster Linie das Schadensausmaß festlegen[174]. Dennoch scheint die Kritik und Ablehnung einer solchen Trennung durch Clark[175] überspitzt, denn es ist doch wohl zweifelsfrei, daß dieselben Tatsachen einwandfreien Beweis erbringen können, daß der Kläger geschädigt ist, ohne zugleich zu der Feststellung auszureichen, ob dieser Schaden einige tausend Dollar mehr oder weniger betragen hat.

Eine solche Unterscheidung hat umso mehr im amerikanischen Recht Berechtigung, wo die Festsetzung des Schadensumfangs der "jury"[176] vorbehalten bleibt

---

170) Dabei fällt noch weiter auf, daß die Entscheidungen in allen drei Instanzen darüber hinweggehen, daß das Klägerunternehmen überhaupt auf dem Markt noch nicht Fuß gefaßt hatte. Soll damit auch ein Ersatzanspruch wegen Ausschluß vom Markt anerkannt werden ?

171) 282 U.S. 555; 51 S.Ct. 248 (1931).

172) Diese war in der Vorinstanz bereits in einer dissenting opinion gefordert worden, die sowohl die erstrebte Unterschiedsberechnung gut hieß als auch einen weiteren Sachschaden in der Differenz zwischen Anlage- und Konkurswert des Unternehmens zugestehen wollte, a.a.O., S. 541-544.

173) Im amerikanischen Schrifttum wird dies als "fact and amount distinction" bezeichnet. Vgl. Doyle, a.a.O., S.147; Note: The Proof of Damages under the Antitrust Laws, 41 Ill.L.Rev. 462, 463 (1946/47).

174) Note: The Requirement of Certainty in the Proof of Lost Profits, 64 Harv. L. Rev. 317 (1950/51). Dies wird ferner an einem weiteren, fast gleich gelagerten Fall deutlich: Package Closure Corp. v. Sealright Co. 141 F. 2d 972 (2nd Cir. 1944).

175) a.a.O., S. 374.

176) Geschworenengericht auch im Zivilprozeß. Vgl. dazu Mc Cormick, Hand-

die sich zwar an die vom vorsitzenden Richter erteilten rechtlichen Anweisungen halten muß, im übrigen aber nach eigenem Ermessen urteilen kann. Der Richter wird also die Einhaltung der Beweisregeln in erster Linie dadurch überwachen, daß er den Fall nur dann der Jury zur Schadensbestimmung überträgt, wenn der sichere Beweis erbracht ist, daß überhaupt eine Schädigung eingetreten ist, deren nähere Bestimmung er zwar durch Anweisungen lenken, aber letztlich doch der freien Entscheidung der Schöffen[177] überlassen muß.

Demgegenüber erscheint ein anderer Punkt der Entscheidung weit größere Probleme aufzuweisen. Das Gericht anerkannte als Leitsatz für die Schadensbestimmung einen Preis, der sich in einem von wenigen Oligopolisten beherrschten und noch zusätzlich durch eine Preisabsprache gesicherten Markt entwickelt hatte. Damit läßt das Gericht im Effekt den Kläger die Früchte einer gesetzwidrigen Beschränkung einheimsen, was dem Schadensersatzanspruch eine sehr fragwürdige, mit den Idealen von freiem Wettbewerb jedenfalls unvereinbare Funktion zuweist.

e) Bigelow v. RKO Pictures Inc.: Schadensberechnung im Vergleichsverfahren

Daß solche Unzulänglichkeiten aber nicht völlig zu vermeiden sind, zeigt die Kette weiterer Entscheidungen, die mit dem für das Beweisrecht wohl bedeutendsten Fall Bigelow v. RKO Pictures, Inc.[178] einsetzte. Dabei handelte es sich nun überwiegend um Fälle des Boykotts oder der Diskriminierung, die aber auch für unseren Problemkreis lediglich horizontaler Beschränkungen von großer Bedeutung bleiben, da sie die Anforderungen zum Schadensnachweis in Antitrustfällen insgesamt grundlegend bestimmen. Die Bedeutung des Bigelow Falles ist für Theorie und Praxis gleichermaßen groß. Für die Praxis, weil er in Anbetracht der nachfolgenden Entscheidung im Paramount Fall[179] Privatklägern erst eine wirksame Handhabe gab. Für die Theorie jedoch, weil er Beweismittel als zulässig und ausreichend anerkannte, die den bis dahin geltenden Anforderungen nicht genügt hätten.

Der Kläger war Inhaber des "Jackson Park", eines Filmtheaters in Chicago; beklagt waren eine Reihe überregionaler und lokaler Filmverleihfirmen, die auch

---

book of the Law of Damages, § 16 (1935).

177) Die technischen Ausdrücke sind hier für Anweisung: "instruction"; Entscheidung der jury: "verdict", das nur den einfachen Schaden festlegt, der dann im gerichtlichen Urteil: "judgment" verdreifacht wird. Über die Kompetenz der "Laien-Jury", aus verwickelten wirtschaftlichen Vorgängen die richtigen Schlüsse zu ziehen, siehe Rankin v. Associated Bill Posters, 42 F. 2d 152 (2nd Cir. 1930).

178) 327 U.S. 251; 66 S.Ct. 574 (1946).

179) U.S. v. Paramount Pictures, Inc. 334 U.S. 131, 68 S.Ct. 915 (1948).

selbst einige Kinounternehmen in Chicago betrieben[180] und sich hinsichtlich der Verleihbedingungen abgesprochen hatten. Danach war ein Verleihsystem vereinbart, das dann im späteren Paramount Urteil für unzulässig erklärt wurde: neue Filme wurden zunächst nur an eine Gruppe von Loop-Häusern im Gesschäfts- und Vergnügungszentrum von Chicago abgegeben; dieser Erstaufführung folgte eine dreiwöchige Abstandspause, ehe die Filme in einem aufeinander folgenden A, B und C Zyklus und letztlich zum allgemeinen Verleih freigegeben wurden; das "Jackson Park" Unternehmen war in die erste Woche des allgemeinen Verleihs eingestuft und bekam damit neue Filme erst 2 1/2 Monate nach der Erstaufführung im Loop; es wies außerdem nach, daß 6 aus einer Gesamtzahl von 8 vergleichbaren Konkurrenzbetrieben zu günstigeren Bedingungen im A - C Zyklus, ein weiteres gleichgestellt und das achte erst in der zweiten Woche während des allgemeinen Verleihs beliefert wurden.

Der Kläger machte nun geltend, daß er infolge dieser ungünstigen Belieferung in den Jahren 1937 - 1942 einen Gesamtverlust von $ 120.000 erlitten habe. Wieder war das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts großzügig, wurde vom Berufungsgericht [181] aufgehoben und vom Supreme Court[182] letztlich bestätigt. Dieser klärte zunächst die Voraussetzungen, unter denen ein ins einzelne gehender Schadensnachweis entbehrlich sein kann. Dazu muß feststehen, daß 1. eine verbotene Handlung des in Anspruch Genommenen vorgelegen hat, 2. diese ihrer Art nach geeignet und darauf gerichtet war, den Geschäftsbetrieb des Klägers zu schädigen, 3. ein Preisverlust, Gewinn- oder Wertrückgang mit Sicherheit feststeht und 4. dies nicht anderen Ursachen zuzuschreiben sein darf.

Sind diese Voraussetzungen gegeben, so glaubte sich das Gericht selbst bei völlig beherrschten Märkten in der Lage, Rückschlüsse auf angemessene hypothetische Wettbewerbsbedingungen zu ziehen und den Schaden entsprechend zu bestimmen.

Zum Nachweis seiner Schädigung trat der Kläger den Beweis mit der Darlegung seiner Einkünfte während der 5. Jahresperiode an, die er verglich mit

---

180) Damit stellte sich dieser Fall als eine Kombination der im Eastman Kodak (Kunden) und im Paterson Parchment (Mitbewerber) gefundenen Situation.

181) Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc. 150 F. 2d 877 (7th Cir. 1945).

182) Der Supreme Court gewährte die Revision ausschließlich um das Schadensproblem zu klären: 326 U. S. 709, 66 S.Ct. 144 (1945); Das Sachurteil erging dann in 327 U.S. 251, 66 S.Ct. 574 (1946) mit einer dissenting vote von Justice Frankfurter.

.. den Einkünften des "Maryland" Theaters, das nach Größe, Ausstattung und Lage vergleichbar war und im C-Zyklus beliehen wurde,
2. den eigenen Einkünften des "Jackson Park" während eines früheren Zeitraums, zu dem wenigstens eine Reihe billiger Filme sofort beziehbar waren.
Der erste Verlgeich ergab einen Unterschied von fast $ 116.000, die das "Maryland" während der angegebenen Zeit mehr verdient hatte, während sich nach der zweiten Vergleichsberechnung nach einigen Sonderabstrichen noch ein solcher von etwas mehr als $ 125.000 herausstellte. Der Supreme Court sah darin ausreichenden Beweis und anerkannte den Klageanspruch.

Das Aufsehenerregende dieser Entscheidung ist wohl weniger, daß hier den Beweisanforderungen mit Vergleichsdarstellungen genügt wurde, die in jedem Fall nur Näherungsgrößen ergeben konnten und nach früheren, strengeren Maßstäben nicht ausreichend gewesen wären[183]; man wird die besondere Bedeutung vielmehr darin sehen müssen, daß das Gericht sich erneut nicht scheute, in einem noch weit stärkeren Maße als im Paterson Parchment Fall den Kläger über den Schadensersatzanspruch selbst zum Nutznießer der als Haftungsgrund dienenden Wettbewerbsbeschränkung zu machen. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die erste Vergleichsform: war das "Maryland" wirklich ein ebenbürtiger Konkurrent und dem Kläger gegenüber bevorzugt, so mußte sich dies doch auch wieder in diesem Vorteil entsprechenden Sondereinnahmen niederschlagen, die dann aber jedenfalls nicht als Maßstab für erlittenen Schaden angesetzt werden durften[184]. Der Schadensersatzanspruch schafft hier dem Kläger Profit aus seiner eigenen Schädigung! Auch der Vergleich mit früherem Eigengewinn ist nicht sauber, denn auch damals unterlag das Jackson Park" ähnlichen Beschränkungen, die sich nur, besonderer Umstände wegen, nicht so kraß ausgewirkt hatten.

Für die weitere Entwicklung der Rechtsprechung wurde "Bigelow" dennoch zum Dogma für vergleichsweise Schadensberechnung und zum Standard Fall für Mäßigung in der Beweisanforderung, die als Hürde für billig erachteten Ausgleich beiseite geräumt wurde[185].

---

183) Allerdings wurde in späteren Entscheidungen wie Momand v. Universal Film Exchange, 72 F. Supp. 469, 480 (D.C. Mass. 1947) versucht, die Tragweite des Urteils durch eine besonders enge Auslegung einzuschränken.

184) Mc Connell, The Treble Damage Action, 1950 Univ. of Ill. L.F. 659, 668 macht dann auch einen anderen Vorschlag zur Interpretation: er glaubt in diesem Urteil eine Anknüpfung an die Rechtsprechung im Bereich des "unfair competition" zu sehen, die den Ersatzanspruch nicht am Verlust des Klägers, sondern an dem ungerechtfertigten Gewinn des Beklagten bemißt.

185) So heißt es in dem Urteil auf S. 265/66: "The constant tendency of the courts is to find some way in which damages can be awarded where a wrong has been done. Difficulty of ascertainment is no longer confused with right of recovery

Diese Auswirkungen wurden dann bereits in Milwaukee Towne Corporation v. Loew's, Inc. [186] augenfällig. In einem dem Bigelow Fall sehr ähnlichen Sachverhalt, in dem einem gut und modern eingerichteten und ausgerüsteten Filmtheater Erstaufführungsrechte versagt waren, erhielt der Kläger im Wege der vergleichsweisen Schadensberechnung, die diesmal mit zwei Konkurrenzbetrieben der Beklagten durchgeführt wurde, wieder einen bedeutenden Schadensersatzanspruch zugesprochen. Dabei ließ das Gericht beachtliche Einwände der Beklagten außer Acht, daß nämlich die Kläger, die seit dem Augenblick der Klageerhebung Filme zur Erstaufführung erhalten hatten, auch dann nicht annähernd so viel wie die zum Vergleich benutzten Unternehmen der Beklagten eingenommen hätten, und daß bei dem schematischen Vergleich der Kasseneinnahmen der Umstand unberücksichtigt bleibe, daß Erstaufführungsfilme nicht nur größere Einnahmen sondern auch höhere Werbungskosten bedingten. Die Zuerkennung des vollen Unterschiedsbetrages beim Berufungsgericht für den 7. Bezirk, das vorher noch in einigen Fällen gegenüber Ersatzklagen recht abweisend war, zeigt, daß die Vergleichsberechnung zur Schadensermittlung von den Gerichten selbst dann anerkannt wurde, wenn der entsprechende Ersatzanspruch auch gleichzeitig Monopolprofit umfaßte und selbst durch bestimmte Gegenbeweise in Frage gestellt war.

f) William Goldman Theatres, Inc. v. Loew's Inc.
Schadensbemessung am Durchschnittsertrag der Konkurrenz

Eine ganze Reihe weiterer Fälle aus der Filmwirtschaft erfuhren eine gleicherma-
ßen aufgeschlossene Beurteilung[187]. Unter ihnen ist das Verfahren der klagefreudigen William Goldman Theatres, Inc. v. Loew's, Inc.[188] besonders instruktiv. Dem Kläger wurden ebenfalls Erstaufführungsrechte verweigert, worauf er sich jedoch nicht darauf beschränkte, ältere Filme zu zeigen und nur den Unterschied zu mutmaßlichen Erstaufführungseinnahmen als Schaden einzuklagen, sondern seinen Betrieb ganz schloß und dann Ersatz des entgangenen Gewinns insgesamt zuzüglich der Unterhaltungskosten des Theaters während der

---

for a proven invasion of the plaintiff's rights". Ganz überwiegend wurde die neue Einstellung zu den Beweisanforderungen in der Literatur als notwendiger Fortschritt begrüßt. Vgl. Clark, a.a.O., S. 414.

186) 190 F. 2d 561 (7th Cir. 1951); cert. den 342 U.S. 909, 72 S.Ct. 302 (1952).

187) U.a. Bordonaro Bros. Theatres, Inc. v. Paramount Pictures, 176 F. 2d 594 (2nd Cir. 1949); Fifth & Walnut, Inc. v. Loew's, 176 F. 2d 587 (2nd Cir. 1949).

188) 69 F. Supp. 103 (D.C.E.D.Pa 1946); affd. 164 F. 2d 102 I (3rd Cir. 1947) cert. den. 334 U.S. 811 (1948).

Schadensperiode verlangte. Diese kumulative Forderung zweier sich teilweise deckenden Forderungen veranlaßte das Gericht einmal, das Verhältnis entgangenen Gewinns und erlittenen Verlustes etwas näher darzulegen, wobei der letztere Maßstab durch eine Klage auf Gewinnentgang nicht ausgeschlossen wird, sondern hinter diese nur subsidiär zurücktritt und nur dann, wen die Beweise zum Nachweis eines Gewinnentganges nicht ausreichen, selbständige Bedeutung hat[189]. Unter Berufung auf das Bigelow Urteil prüfte das Gericht die Ergiebigkeit des Beweises. Dabei leistete es einen wichtigen Beitrag für die vernünftige Weiterentwicklung des Schadensersatzrechtes, indem es auf die dem Kläger günstigen Sonderverhältnisse in der Filmindustrie hinwies. Von den drei zur Schadensbestimmung wesentlichen Faktoren Kosten, Preise und Umsatz können die ersten beiden hier mit weit größerer Genauigkeit als in der übrigen Wirtschaft bestimmt werden. Die Eintrittspreise sind meist stabil und vielfach gleich hoch; die hauptsächlichsten Kosten, die Verleihgebühren hängen aber prozentual von Einnahmen ab. Damit spitzt sich das ganze Problem auf die Kapazitätsauslastung des betreffenden Filmunternehmens zu, das sich bei einem Vergleich von Lage, Ausstattung und ähnlichen Umständen verhältnismäßig leicht lösen läßt[190]. Der Kläger tat dies hier dadurch, daß er die gesamten Einnahmen der 5 Erstaufführungshäuser in Philadelphia addierte und von einem Fünftel (nicht wie wohl angemessener einem Sechstel[191]) noch

---

189) Solche Schwierigkeiten wären leicht zu vermeiden, sobald sich die Gerichte auf eine eindeutige Terminologie einigen würden. Versteht man unter "lost profits" Nettoverluste, so schließt deren Berechnung auch bereits alle weiteren ersetzbaren Aufwendungen ein. Dies trifft jedoch nicht zu in den Fällen, in denen der Kläger lediglich die Minderung seiner Bruttoeinnahmen zu Beweis stellt. Vgl. zur Abgrenzung Note: Proof Requirements in Antitrust Suits, 18 U.Chi.L.Rev. 130, 132 (1952). Ein Fall, in dem kein ausreichender Beweis für entgangenen Gewinn erbracht werden konnte, aber dennoch besondere Aufwendungen ersetzt wurden, ist Flinkote Co. v. Lysfjord, 1957 Trade Cases 68, 674 (9th Cir. 1957). Solche Sonderausgaben sind vor allem auch als Abwehrmaßnahmen gegen die unerlaubte Beeinträchtigung ersatzpflichtig: Noerr Motor Freight, Inc. v. Eastern Railroad Presidence Conference, 1958 Trade Cases 69, /85 (D.C.E.D.Pa 1958), rev'd. 365 U.S.127 (1961).

190) Nur so läßt sich der noch ungewöhnlichere Fall 20th Century-Fox F.Corp. v. Brookside Theater Corp. 194 F. 2d 846 (8th Cir. 1952), cert.den 343 U.S. 942) erklären, wo entgangener Gewinn für eine zukünftige Periode von 12 Jahren berechnet wurde.

191) Dieser Fehler wird vermieden in Rubinstein v. Columbia Pictures Corp., 176 F. Supp. 527 (D.C.D.Minn. 1959), wo eine genauere Anleitung zu dieser Art der Vergleichsberechnung gegeben ist.

seine schätzungsweisen Geschäftskosten in Abzug brachte. Außerdem stellte er auch noch Vergleichsberechnungen mit einem recht genau entsprechenden Unternehmen auf, die zu einem näherungsweise gleichen Ergebnis gelangten. Damit aber war unter der Bigelow Regel dem Beweiserfordernis wieder Genüge getan und der entgangene Gewinn konnte mit $ 125.000, die für den Ersatzanspruch verdreifacht wurden, festgelegt werden. Eine Frage, auf die wir später noch kurz eingehen müssen, hatte hier besondere Bedeutung: Inwieweit ist der Geschädigte zur Vermeidung oder Abwendung von Schaden verpflichtet? Hätte Goldmann nicht wenigstens Zweitaufführungen veranstalten und dadurch seinen Verlust wesentlich geringer halten müssen? Das Gericht lehnte eine solche Schadensminderungspflicht hier jedenfalls ab, indem es als unzumutbar ansah, daß dieser Pflicht durch ein Ausweichen in einen anderen Geschäftsbereich - Zweit - statt Erstaufführungen - entsprochen werde.

g) Beweisanforderungen außerhalb der Filmwirtschaft

Daneben setzte sich die Welle an Beweiserleichterungen aber auch in anderen Wirtschaftsbereichen durch. So wurde z.B. in dem bereits weiter oben dargestellten Zuckerrübenfall [192] der Vergleich mit den Erträgnissen der Kläger während einer früheren wettbewerbsfreien Epoche für ausreichend bestimmt erachtet, um als Maßstab für die Berechnung erlittenen Schadens zu dienen. Dabei gelangte diese Urteil noch insoweit über die Fälle aus der Filmwirtschaft hinaus als es bestmöglich vermeidet, bei der Vergleichsberechnung wieder die auf eben der Wettbewerbsbeschränkung beruhenden Verfälschungen mitzuberücksichtigen[193], und dadurch zu einem schiefen Bild und einem unerwünschten Ergebnis zu gelangen. Den besonderen Umständen des Falles entsprechend[194] hätten nämlich als Vergleichsmaßstäbe Daten aus der Schädigungsperiode selbst nähergelegen, doch das Gericht glaubte - im Sinne unserer früheren Kritik zu Recht - die Auswirkungen einer verbotenen Wettbewerbsbeschränkung nicht noch über einen Schadensersatzanspruch weiter ausdehen zu dürfen. Auch in einer besonders wettbewerbsempfindlichen Branche - Herstellung von Zementgußmaschinen - wurde die Vergleichsberechnung als Beweismittel anerkannt. Zwar schienen sich die Gerichte in Darden v. Besser[195] darüber klar zu sein, daß auf einem solchen Markt Vergleiche mit

---

192) American Crystal Sugar Co. v. Mandeville Island Farms, 195 F. 2d 622 (9th Cir. 1952); cert.den 343 U.S. 957, 72 S.Ct. 1052 (1952).

193) Dieser Gesichtspunkt erfuhr besondere Aufmerksamkeit in Fargo Class & Paint American Corp., 201 F. 2d 534 (7th Cir. 1953).

194) Vgl. dazu oben IV 5. Anmerkung 39.

195) 1957 Trade Cases 68, 646 (D.C.E.D.Mich.), affd. 1958 Trade Cases 69, 067 (6th Cir. 1958).

früherem Geschäftsverlauf auch nicht eine nur annähernde Genauigkeit erreichen ließen, überwanden aber, wiederum in dem Bestreben, den Kläger in seiner Beweisnot nicht schutzlos zu lassen, die Zweifel und anerkannten einen entsprechenden Ersatzanspruch.

h) Emich v. General Motors Corp.: Erfordernis bestmöglichen Beweises

Daß diese großzügigere Rechtsprechung aber keineswegs als absolut gefestigt angesehen werden durfte, ist als Fazit einer neuen restriktiven Interpretation des Berufungsgerichtes für den 7. Berufungs-Bezirk in Emich v. General Motors Corporation[196] zu ziehen, die zu einer Aufhebung eines auf über 1 Million Dollar Schadensersatz lautenden Urteils führte. G.M. hatte einen Händlervertrag mit dem Kläger gekündigt, da dieser nicht gleichzeitig seine Wagen über die Finanzierungsgesellschaft der Beklagten kreditieren ließ. Diese Kündigung betraf das Geschäft des Klägers schwer, und er versuchte dafür auf gerichtl. Weg einen Schadensausgleich zu erlangen. Zum Nachweis seines Schadens suchte er den erwarteten und entgangenen Gewinn auf drei Arten darzustellen, doch blieben alle seine Bemühungen ohne Erfolg:

1. Vergleich mit Durchschnittsverdiensten aus früheren Jahren: unzureichend, da nicht durch ausreichende Unterlagen wie Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnungen bestätigt.

2. Gegenüberstellung mit den Geschäftsergebnissen zweier etwa gleichgestellter Chevrolet-Händler: das Gericht fand es hier nicht einmal nötig, zu diesem Beweis Stellung zu nehmen, da es den Einwänden der Beklagten zufolge offensichtlich davon ausging, die einzelnen Händlerbetriebe seien zu sehr verschieden, als daß sie als ausreichend sichere Basis für einen Gewinnvergleich angesehen werden könnten[197].

3. Das Hauptgewicht hatte der Kläger aber auf die Berechnungen eines Wirtschaftsprüfers gelegt, der den zu erwartenden Gewinn mit einem bestimmten Prozentsatz des investierten Vermögens errechnete und dabei durch Vergleich dieses Normalgewinnes mit den in früheren Jahren tatsächlich erzielten Profiten auch gleich noch den Schlüssel für die Ermittlung des "good will" gefunden zu haben glaubte. Das Gericht erachtete jedoch die Wahl des errechneten prozentualen Quotienten als

---

196) 181 F. 2d 70 (7th Cir. 1950); rev. aus anderen Gründen 340 U.S. 558, 71 S.Ct. 408 (1951).

197) Dies mutet hier besonders rückschrittlich an, da der Kläger nachweisen konnte, daß die Anlagen der beiden anderen Händler den seinen sehr ähnlich waren, und alle Händler durch ihre Verträge mit G.M. zu gleichen Geschäftspraktiken gezwungen waren. Außerdem waren Anhaltspunkte dafür gegeben, daß sich die Verdienste aus früheren Jahren tatsächlich sehr nahe kamen.

reine, weder empirisch noch theoretisch gestützte Spekulation und wies damit auch diesen Beweis als unzureichend ab.

Vor allem der Umstand, daß das Gericht mit den ersten beiden Beweisangeboten so wenig Federlesens machte, mag bedenklich stimmen und Zweifel erregen, ob die Bigelow Doktrin auch über den Sonderbereich der Filmindustrie hinaus Bedeutung hat. Solche Zweifel lassen sich jedoch weithin zerstreuen, wenn man zwei Punkte beachtet. Erstens scheint das Gericht die Beweismängel nicht grundsätzlich auf die Methode sondern lediglich darauf zu gründen, daß der Kläger versäumt hatte, alle ihm verfügbaren Mittel zu einer genaueren Darstellung zu benützen[198]; und zweitens ist ja eben dieses Gericht für den 7. Circuit in einer späteren Entscheidung[199] von seinen bisherigen strengen Anforderungen etwas abgerückt.

In allen später folgenden Entscheidungen bis zum heutigen Tag wird der Bigelow Fall ohne ausdrückliche Branchenbeschränkung immer wieder als die Entscheidung angeführt, die am klarsten zum Ausdruck gebracht hat, daß bloße Beweisschwierigkeiten, die einen ziffernmäßigen Schadensnachweis unmöglich machen, allein eine Klageabweisung noch nicht rechtfertigen. Dagegen wird man heute noch nicht sagen können, daß die erfolgreichen Vergleichsmethoden aus dem Bigelow Fall in jedem anderen Fall ebenso genügen müßten: Verletzungsausmaß [200], Schadensumfang, Marktstellung der Beklagten sowie auch das Marktverhalten des Klägers selbst sind die den Einzelfall bestimmenden hauptsächlich-

---

198) In gleichem Sinne Clark, a.a.O., S.393 und Note in 61 Yale L.J. 1010, 1026 (1952), das die Entscheidung als Quelle für den Rechtssatz angibt, wonach jeweils nur der bestmögliche Beweis gut genug ist.

199) Milwaukee Towne Corp. v. Loew's Incorporated, 190 F. 2d 561 (1951). Allerdings fällt dasselbe Gericht dann in Fargo Glass & Paint Co. v. Globe American Corp., 201 F. 2d 534 (1953) wieder auf die strengere Interpretation zurück, wo es die Vergleichsberechnung mit einem Konkurrenzbetrieb als zu unbestimmt ablehnt, weil ein gesonderter Beweis über die Gleichheit der Absatzmöglichkeiten, der Gewinnerwartungen und der Geschäftskosten vom Kläger nicht erbracht war.

200) So darf beispielsweise nicht übersehen werden, daß Vergleichsberechnungen auch dann einen Ersatzanspruch begründen können, wenn der Kläger selbst noch gar kein gesichertes Unternehmen hatte (siehe oben V 2; Developments in the Law-Damages, 61 Harv.L.Rev. 113, 189 (1947)). Diese Entwicklung wurde bereits im Jahre 1940 vorausgesehen: Donovan & Irvine, Proof of Damages under the Antitrust Law, 88 U. of Pa.L.Rev. 511, 524.

sten Faktoren, die - ganz besonders im Jury-Verfahren - das Urteil über den Erfolg der Beweisführung beeinflussen und dadurch eine genauere Normierung feststehender Beweismaximen ausschließen.

3. Schaden im verminderten Geschäftswert

Die gleichen Beweisgrundsätze gelten prinzipiell auch für die dritte der angedeuteten Schadensberechnungen, die weder am Verlust ganz bestimmter Geschäfte noch an Gewinneinbußen genereller Art ansetzt, sondern in einer noch weiter abstrahierten Art die Minderung des gesamten Geschäfts- und Firmenwertes in Rechnung stellt[201]. Es ist offenbar, daß gerade auch dieser Weg über schwierige Beweisklippen führt, da sich zwar das Anlagevermögen mit befriedigender Sicherheit bestimmen lassen wird; der "good will" aber, als bedeutsamer und vor allem empfindlichster Bestandteil des Geschäftswertes und weitere immaterielle Werte sind einer solchen Präzisierung kaum zugänglich[202]. Nur unter besonderen Umständen erscheint auch eine solche Bemessung aussichtsreich, wie sie z.B. in dem oben dargestellten Parchment Paper Fall[203] vorgelegen haben. Hier kam der Kläger als Neuling, also praktisch ohne "good will" auf den Markt und wollte Ersatz für wettbewerbswidrige Schädigung, die ihn gezwungen hatte, sein Unternehmen wieder aufzugeben; mit ausreichender Genauigkeit ließ sich daher der Wertverlust aus der Veranlagung der Aktiva bei Beginn und bei Einstellung der Unternehmenstätigkeit ermitteln[204]. Abgesehen davon scheint aber die Ermittlung eines Kapitalverlustes meist so großen Schwierigkeiten zu begegnen, daß sie kaum als bedeutsame Bemessungsbasis angesprochen werden kann[205], eine Folgerung,

---

201) Donovan & Irvine, a.a.O., S.524; Hale & Hale, a.a.O., S.385.

202) Greenwald, Capitalized Pricing of Injury to Capital in Treble Damage Suits, 45 Cornell L.Q. 84 (1959). Zu Einzelproblemen der Beweismöglichkeiten ist besonders instruktiv Standard Oil Co. of California v. Moore, 1957 Trade Cases 68, 861 (9th Cir. 1957); reh.den. 251 F. 2d 188 (9th Cir. 1958); cert. den 356 U.S. 975 (1958).

203) Vgl. oben V 2 d.

204) Ähnlich sieht Greenwald a.a.O. eine weitere Möglichkeit dann gegeben, wenn das ganze Unternehmen verkauft und damit wenigstens ein Marktwert, der allerdings noch vielen anderen Faktoren unterliegt, ermittelt wird.

205) Dabei ist die Wahl der Beweismethode, abgesehen von den zur Verfügung stehenden Beweismitteln, nicht nur eine Frage des Gutdünkens, sondern hat auch ganz praktische Konsequenzen. So ist ein Ersatz entgangenen Gewinns jedenfalls einkommensteuerpflichtig, während ein Ausgleich des Geschäftswertsverlustes gar keiner, oder für den Bußbetrag nur einer geringeren Vermögenszuwachssteuer unterliegt (Raytheon Production Corp. v. Commissioner,

die gleichzeitig noch auf einem weiteren Grund beruht. Nicht nur Unsicherheiten beim Schadensnachweis, sondern fragwürdige Kausalverkettungen erschweren eine Zuflucht zu dieser Methode. Es wird jedenfalls abgesehen von ganz krassen Fällen sehr schwierig sein, nachzuweisen, daß eine Gesamtminderung der Vermögensaktiva oder zumindest ein genau begrenzter Anteil daran gerade auf einem bestimmten Wettbewerbsverstoß beruht.

4. Schadensberechnung mit theoretischen Hilfsmitteln

Erleichterungstendenzen, die seit dem Bigelow Fall deutlich werden, haben nu aber nicht allein dazu geführt, die erwähnten Vergleichsberechnungen großzügig zuzulassen. Darüber hinaus haben sie vielmehr auch ermutigt, zum Schadensnachweis bei volks- und betriebswirtschaftlichen Kalkulationen eine Anleihe zu machen, da die Unsicherheitselemente einer solchen Berechnung nicht mehr länger ein absolutes Hindernis darstellten[206]. So sucht Greenwald in einer neuen Arbeit[207] dem Schadensausmaß mit Hilfe der Statistik auf die Spur zu kommen. Er glaubt sich dabei vor allem auf marktvergleichende Erhebungen[208] stützen zu können, in denen der geschädigte Kläger zu dem gesamten relevanten Markt oder zu einigen Musterfirmen in Beziehung gesetzt wird und die Geschäftsdaten dann b verschiedenen möglichen Marktstrukturen verglichen werden. Durch Umstände de Einzelfalles bedingt lassen sich, seiner Ansicht nach, solche Berechnungen unmit telbar als Geschäftswertvergleiche durchführen oder auf dem Umweg über variabl Daten[209] wie Kosten, Preis, Umsatz, Gewinn, Marktanteil - allein oder in beliebiger Kombination - unter Berücksichtigung eines bestimmten, den in Frage stehenden Marktverhältnissen entsprechenden Marktfaktors, anstellen; die Bestimmu dieser verbindenden Faktoren soll als Sachfrage gerichtlichem Ermessen zugängig

---

144 F. 2d 110 (1st Cir. 1944), cert.den. 323 U.S. 779 (1944)).

206) Note: The Requirement of Certainty in the Proof of Lost Profits, 64 Harv. L. Rev. 317 (1950/51).

207) William J. Greenwald, The Measurement of Damages in Private Antitrust Su V Antitrust Bulletin 293 (1960).

208) Diese Methode ist als "cross sectional" im Unterschied zum "temporal approach" bekannt. Greenwald lehnt die letztere als weniger geeignet ab, d er einen statischen Markt für ausgeschlossen erachtet, und deswegen einen V gleich der augenblicklichen mit einer früheren Marktepoche stets als irreführ rend abtun muß, soweit dadurch ausschließlich die Auswirkungen einer Wett bewerbsverfälschung dargestellt werden sollen.

209) Sogenannte "flow data" im Unterschied zu den "cross sectional data" a.a.O S. 296.

sein und eine jeweils für den Einzelfall besondere Festlegung erfahren. Was die erste auf Geschäftsvermögen basierende Untersuchung anbetrifft, so bewegt sich Greenwald hier, wenn auch hinter einer Verkleidung in ökonomisch theoretischen Argumenten durchaus in dem Bereich, der vor allem im Parchment Fall und in gewissem Umfang auch im Falle Goldman v. Loew's bei Gericht schon Anerkennung gefunden hat. Dagegen scheinen die Gerichte kaum bereit, ihre schon beschränkten Beweisanforderungen durch Näherungswerte national-ökonomischen Ursprungs noch weiter auszuhöhlen zu lassen [210].

5. Schadensbemessung am Gewinnvorteil des Beklagten

Vor allem im Zusammenhang mit der Entscheidung im Bigelow Fall wurden Stimmen laut, die in der Schadensbemessung durch Vergleich mit Konkurrenzbetrieben deutlich die Parallele zum Ersatzrecht im Bereich des unlauteren Wettbewerbes und des gewerblichen Rechtsschutzes herausstellten[211]. Auch dort ist der Einzelschadensnachweis des Opfers kaum zu erbringen, und darum gewährt die Equity-Gerichtsbarkeit einen Anspruch auf Ausgleich des von dem Schädiger erzielten ungerechtfertigten Gewinnes[212]. Solche im Equity-Verfahren zulässigen Mittel des Rechtsschutzes können aber im ordentlichen Verfahren zur Begründung eines gesetzlich vorgeschriebenen Anspruches nicht aushelfen[213]. Es ginge vor allem auch nicht an, die Bußfunktion des Dreifachanspruchs an einen solchen Bereicherungsanspruch zu knüpfen. Dementsprechend ist auch überwiegend anerkannt, daß der Bigelow Fall nicht in diesem Sinne verstanden werden darf, und die Bezugnahme in der Begründung auf solche Fälle aus dem Gebiet des "unfair trade" lediglich zur Darstellung der dort üblichen und ebenfalls milderen Beweisanfor-

---

210) Dieser Eindruck drängt sich noch unzweideutig aus den entsprechenden Begründungen im Emich v. General Motors Corp. Fall auf. Dagegen ist in Standard Oil Comp. of Cal. v. Moore, (251 F. 2d 188, 9th Cir. 1957) bereits eine weit aufgeschlossenere Haltung erkennbar. Darüber hinaus gewinnen volks- und betriebswirtschaftliche Berechnungen bei anderen Problemen des Antitrustrechtes zusehends an Bedeutung, so vor allem zu der Frage, in wieweit sich aus Kostenvergleichen bei identischen Preisen auf Preisabsprachen schließen läßt. Vgl. dazu Report of Sherman Act Subcommittee on Cost Data Problems in Sherman Act Cases, 17 A.B.A. 519 (1960). Auch die Kostenrechtfertigung im Bereich des Diskriminierungsrechtes hat zu solchen Versuchen gezwungen. Vgl. Sawyer, Cost Justification Report, 8 A.B.A. 54 (1956).

211) Vor allem Mc Connell, The Treble Damage Action, 1950. Univ. of Ill. L.F. 659 (668); Doyle, a.a.O., S. 153, Hale & Hale, a.a.O., S. 384.

212) Nims, Damages and Accounting Procedure in Unfair Competition Cases, 31 Corn. L.Q. 431 (1946).

213) Clark, a.a.O., S. 384.

derungen erfolgte. Immerhin hat diese Ansicht in einer späteren Entscheidung 20th Century Fox v. Brookside Theatre Corp. [214] noch eine starke Stütze gefunden, denn hier wurde dem aus seinem Pachtverhältnis gedrängten Kläger ein Sch den zuerkannt, der an dem Gewinn seines Nachfolgers bemessen wurde[215]. Die nur objektiv mögliche Wertermittlung des zu ersetzenden Pachtrechtverlustes läß die Grenzen zwischen der konkreten Ermittlung eines entgagnenen Gewinns und der im Equity Verfahren üblichen Bewertung eines Rechtes flüssig erscheinen.

6. Zusammenfassung

Den Fragenkreis des Schadensnachweises abschließend dürfen wir als Ergebnis der an einigen charakteristischen Fällen geführten Untersuchung festhalten:

1) Eine abstrakte Schadensberechnung, wie sie in der bloßen "increased cost method" zu sehen ist, bleibt praktisch auf die verhältnismäßig seltenen Letz verbraucherfälle beschränkt. Nur in diesem engen Bereich ist die ein solches Vor gehen allein rechtfertigende Wahrscheinlichkeit gegeben, daß der Einzelfall in der Generalisierung eine befriedigende Lösung findet.

2) In der überwiegenden Mehrzahl aller überigen Ersatzprozesse ist der Kläger darauf verwiesen, den ihm durch die wettbewerbswidrige Absprache zugefügten Schaden durch einen Einzelnachweis darzulegen. Dafür bleiben ihm mehrere Möglichkeiten. Er kann nachweisen 1. die Einbuße, die er durch den Verlu ganz bestimmter Einzelabschlüsse erlitten hat; 2. den Gewinnentgang, den er während der Schädigungsperiode erlitten hat; 3. die Einbuße an seinem Geschäft vermögen insgesamt. Praktisch von größter Bedeutung ist die Schadensbemessung am Gewinnentgang, vermag doch gerade diese den von einem Geschäftsmann an schwersten empfundenen Nachteil auszugleichen. Zugleich aber gewährt eine so che Bemessung auch einen lukrativen Anreiz, den üblichen Gewinn über den "treble damage" Anspruch zu verdreifachen. Für den Nachweis des entgagenen Gewinnes selbst hat die Rechtsprechung ebenfalls eine Reihe von Alternativen en wickelt. Dieser ergibt sich einmal aus einer nachgewiesenen Verbindung von Ko veränderungen im Einkauf und Verkauf. Ein zweiter Maßstab ist ein zu einer Ze in der sich die schädigende Wettbewerbsbeschränkung noch nicht ausgewirkt hatt erzielter Gewinn; und ein dritter der während der Schädigungsperiode erzielte Ge winn eines nach Art und Geschäftsumfang vergleichbaren Unternehmens. Vor allem die letzten beiden Ermittlungsarten bergen verschiedene Unsicherheitsfaktor die im Hinblick auf die Verdreifachung des Ersatzanspruches schwer wiegen. De

---

214) 194 F. 2d 846 (8th Cir. 1952); cert. den. 343 U.S. 942 (1952).

215) Note: Antitrust Enforcement by Private Parties, 61 Yale L.J. 1010, 1025 (1952).

noch stellt die Rechtsprechung das Interesse an der Existenz eines wirksamen Kampfmittels Privater gegen unzulässige Beschränkungen über solche Bedenken und läßt Ansprüche nicht schon deswegen scheitern, weil die geforderten Schadensbeträge nicht mit äußerster Sicherheit feststehen. Der Gedanke, daß der Schädiger eine solche Beweisvergünstigung selbst verschuldet habe, indem es vielfach gerade seine Macht und seine Maßnahmen sind, die eine präzise Marktanalyse unter Wettbewerbsbedingungen verhindern, läßt einen solchen Verzicht auf strengere Beweisforderungen billig erscheinen.

VI. Einwendungen des Beklagten

Bereits zu Eingang der Untersuchung zum Schadensersatzanspruch ist darauf hingewiesen, daß sich ein Kläger nicht nur den Schwierigkeiten des Schadensnachweises gegenüber sieht, sondern zunächst einmal eine Reihe von systematisch nur unzureichend abgegrenzten Voraussetzungen wie "legal and direct injury" und "proximate causation" darzutun hat. Auch wenn dann alle diese Hürden, einschließlich Schadensnachweis, überwunden sind, ist der Kläger seines Ersatzanspruches noch nicht sicher. Gegen diesen können vielmehr noch immer einige Einwände vorgebracht werden, die hier nun in aller Kürze der Vollständigkeit halber aufzuführen sind.

1. Pflicht zur Schdensminderung

Zunächst kann der Beklagte einwenden, trotz bewiesener Schadensentstehung treffe ihn keine oder nur eine begrenzte Ersatzpflicht, da der Kläger seiner Pflicht, den Schaden wieder abzuwenden, oder wenigstens zu mindern, nicht genügt habe. Auch im amerikanischen Recht ist es eine Grundregel, daß der Geschädigte nur solchen Schaden ersetzt verlangen darf, den er nicht hätte leicht vermeiden können[216]. Diese Anforderungen bestehen aber nur im Rahmen gewöhnlicher Sorgfalt

---

216) American Can Co. v. Russelville Canning Co., 191 F. 2d 38, 55 (8th Cir. 1951; Southwestern Packing Co. v. Cincinnati Butchers' Supply Co., 139 F. 2d 201 (5th Cir. 1944); vgl. ferner zur Übersicht: 25 C.J.S. § 33 S. 499 ff.; 15 Am. Jur. § 27 S. 420 ff.; Mc Cormick, On Damages § 33 S. 127 ff.; Restatement of the Law of Torts, Vol. IV § 918 S. 601.

eines ordentlichen Kaufmannes und verlangen keine Aufwendung neuer bedeutender Kosten. So hatte das Gericht im Falle William Goldman Theatres v. Loew's[217] z.B. eine Verpflichtung des Klägers abgelehnt, statt der ihm zustehenden Erstaufführungen wenigstens durch Zweitaufführungen seine Verluste zu schmälern. Entsprechend ist auch kein Fall bekannt geworden, in dem der Schädiger mit Erfolg argumentieren durfte, daß der Geschädigte die durch die verbotene Absprache bedingte Warenpreiserhöhung zur Vermeidung eines ihm verbleibenden Schadens auf seine Abnehmer abwälzen müsse; nur wenn er dies aus eigenem Entschluß getan hat, hat sich insoweit eben sein geltend gemachter Gewinnentgang bereits verringert[218].

2. Mitverschulden und Rechtsmißbrauch

Zwei weitere Einwände können die Zurechnung eines Ersatzanspruches ausschließen: "Pari delicto" und "unclean hands". Während der erste Einwand als Sonderform einer Mitverantwortlichkeit an der in Frage stehenden Schädigung alle Ersatzansprüche ausschließt[219], beruht der zweite auf einer allgemeineren Wertung; danach kann Entschädigung solchen Klägern versagt werden, deren eigenes rechtswidriges Tun zwar nicht gerade in der Beteiligung an dem Wettbewerbsverstoß liegt, mit dem Streitgegenstand aber doch in einer gewissen Beziehung steht[220]. Beide Einwände scheinen aber im Bereich des Antitrust Rechtes nur noch in sehr engen Grenzen zulässig zu sein[221]. So überging bereits die Ent-

---

217) 69 F. Supp. 103. 105 (D.C.E.D.Pa. 1946).

218) Die Urteile sprechen in diesen Fällen stets von einem insoweit nicht bestehenden Schaden und versuchen nicht, die Verneinung eines Ersatzanspruches durch Prinzipien der Vorteilsausgleichung zu erklären: Restatement of the Law of Torts, Vol. IV § 920.

219) Eine Abstufung und Verteilung nach dem Verschuldensgrad kennt das amerikanische Recht grundsätzlich nicht; entsprechend schließt auch contributory negligence den Schadensersatzanspruch ganz aus. Unbillige Ergebnisse und durch solche Folgen beeinflußte Beweiswürdigung führen aber auch hier zu einer weniger schematischen und dem Einzelfall gerechteren Entwicklung vgl. dazu Prosser, On Torts § 51 S. 287/288).

220) Vgl. dazu für den Bereich der Antitrustklagen Note: in 61 Yale L.J. 1010, 1028 (1952). Als Beispiel für den "unclean hands" Einwand wird Maltz v. Sax, 134 F. 2d 2 (7th Cir. 1943) angeführt: der in seinem Geschäftsbetrieb geschädigte Kläger stellte Bretter her, die zu unerlaubtem Glücksspiel verwendet wurden. Seinen Anspruch wies das Gericht einmal mit dem "unclean hand" Einwand und außerdem mit der Erwägung ab, daß er überhaupt kein "legal injury" erlitten habe.

121) Zum früheren Recht vgl. die Entscheidung Ring v. Spina, 148 F. 2d 647

cheidung Kiefer Stewart v. Seagram & Sons [222] ein solches Verteiigungsvorbringen. Die beklagten Spirituosenhersteller hatten sich abgesprochen, hren Händlern Höchstpreise beim Wiederverkauf vorzuschreiben. Im Prozeß beründeten sie diesen Schritt damit, daß sie die Verkaufspreise ihrer Produkte nierig halten wollten und ihnen dazu nur dieser Weg offenstand, da sich der Kläger nd weitere Spirituosenhändler ihrerseits zur Einhaltung von Mindestpreisen abgeprochen hatten. Der Supreme Court ließ dies nicht als Einwand gelten und schuf nit einer sehr allgemein gehaltenen Begründung ernsthafte Zweifel an der Fortgelung der "pari delicto" Doktrin in Antitrust Verfahren[223]. Dieser Eindruck wird urch die nur wenig später in dem bekannten Bäckerstreit ergangene Entscheiung[224] noch verstärkt, bei dem eine vorausgegangene pari delicto Klageabweiung mit Verweis auf den Spirituosen Fall wieder aufgehoben wurde. In Anbetracht ieser neueren Entscheidungen dürfte wohl der in einer Yale Note[225] vertretenen Meinung zuzustimmen sein, daß der Einwand nur noch dann gelten kann, wenn läger und Beklagter Partner derselben Absprache oder sonstigen Wettbewerbsbechränkungen sind. In diesem Fall wird dann die Parallele zu der Entwicklung in er Rechtsprechung zum Nichtigkeitseinwand deutlich. Der Sachgrund der Klageerweigerung muß hier wie dort in dem Bestreben der Gerichte gesehen werden, icht noch zur Durchsetzung gesetzwidriger Ziele beizutragen, die gerade zum Inalt des Klagegrundes selbst geworden sind. Demgegenüber erscheinen Überlegunen zum Mitverschulden hier nicht von Wert.

VII. Folgeerscheinungen der Beweiserleichterung

Die auch heute noch nicht abgeschlossene fortschrittliche Entwicklung zu einer oßzügigen Beweisbeurteilung im Antitrust-Schadensersatzprozeß darf sich mit

---

(2nd Cir. 1945) und die daran anknüpfende Anmerkung in 160 A.L.R. 381.

22) 340 U.S. 211 (1951); dazu u.a. Rowe, a.a.O., S. 529.

23) So heißt es a.a.O., S. 214: "The alleged illegal conduct of petitioner, however, could not legalize the unlawful combination by respondents nor immunize them against liability to those they injured."

24) Moore v. Mead Service Co., 190 F. 2d 540 (10th Cir. 1951): der Beklagte sollte wegen Preisdiskriminierung in Anspruch genommen werden, zu der ihn eine örtliche Boykottabsprache zwischen Stadtbäckern und Brotverkäufern gezwungen hatte.

25) 61 Yale L.J. 1010, 1029 (1952); entsprechend auch Comment: Limiting the Unclean Hands and In Pari Delicto Defenses in Antitrust Suits: An Additional Justification, 54 Nw. U. L.Rev. 456 (1959).

Sicherheit einen Erfolg zuschreiben: aus dem nach den ersten 50 Jahren seit Verabschiedung des Sherman Act schon totgeglaubten Mittel privater Rechtsdurchsetzung ist heute eine gefürchtete Waffe in der Hand der von der Wettbewerbsverfälschung unmittelbar Betroffenen geworden. Diese Entwicklung hat das Interesse aller an einer Antitrustpolitik interessierten Kreise wieder auf den Schadensersatzanspruch als Mittel der Rechtsverfolgung gelenkt. Dies führte vor allem zu einer Reihe über das bloße Beweisrecht hinausgehender Vorschläge und Forderungen, die für den Anspruch den lukrativen Anreiz vergrößern, die Voraussetzungen erleichtern und insgesamt seine Bedeutung weiter steigern sollten. Vor allem Judge Loevinger hat dies in einem 12 Punkte Programm vor einem Antitrust Kommittee des Senates entwickelt[226]; darin fordert er die Beseitigung fast aller heute noch verbliebener Schwierigkeiten, was bereits die große Gefahr in sich birgt, daß die Schadensersatzklage zu einem unberechenbaren und in diesem Ausmaß auch ungerechtfertigten Sanktionsmittel bei Wettbewerbsverstößen wird. So sehr auch der heutige Stand der Entwicklung - wie eingangs dieses Kapitels bereits erwähnt[227] - von Regierungsstellen und anderen mit der Antitrustverfolgung betrauten Organen begrüßt und vor allem der Abschreckung durch großzügige Schadensersatzbeträge eine die Wettbewerbspolitik fördernde Wirkung zugeschrieben wurde [228], dürfen doch auch einige ernste Gefahren, die damit für die Balance zwischen Zweck und Mittel der Antitrustdurchsetzung begründet sind, nicht übersehen werden.

1. Der Ausweg zum Consent Decree

Die Flucht der von der Regierung im Zivil- oder Strafverfahren verfolgten Unternehmen zum sogenannten "consent decree", einer besonderen Art eines gerichtlichen Vergleiches, ist wohl eine dieser bedeutsamen Gefahren[229], und wie einige große Verfahren der letzten Jahre bewiesen haben, auch bereits als eine unerfreuliche Nebenfolge dieser Entwicklung anzusprechen. Sicherlich bestehen eine ganze Reihe von Gründen, die die beklagten Unternehmen veranlassen, in einem "consent decree" gewisse Zugeständnisse zu machen und sich auch dem nicht entkräfteten Verdacht, daß tatsächlich ein Antitrustverstoß vorgelegen hat, auszusetzen. Von diesen lassen sich hier ohne Anspruch auf Vollständigkeit aufzählen: Verme

---

226) Hearings before a Subcommittee of the Select Committee on Small Business U.S. Senate 85th Congr. 2nd Sess., March 3-4, 1958, p. 30.

227) s. oben § 1 I.

228) Loevinger I, Treble Damage Litigation and the Small Business Mann, 16 A.B.A. 106, 112.

229) Barnes, Settlement by Consent Judgement, ABA Proceedings Sect. Antitrust Spring 1954 S. 8-11.

dung sehr hoher Prozeßkosten, die Scheu vor den geschäftsschädigenden Auswirkungen eines sich über Jahre hinziehenden Verfahrens sowie die Abneigung ein doch sehr schwerwiegendes Prozeßrisiko zu tragen. In vielen Fällen, in denen sich die Beklagten die Begründetheit der Klage eingestehen müssen, erscheint der consent decree außerdem als der noch am ehesten tragbare Ausweg. Darüber hinaus ist aber die Furcht vor der Beweiswirkung, die ein Endurteil gegen ein so beklagtes Unternehmen zum Vorteil von am Prozeß selbst unbeteiligten Dritten hat[230)] und diese zu Schadensersatzklagen ermutigt, bestimmt eine der wichtigsten Überlegungen, die ein zum consent decree bereites Unternehmen anstellt[230a)]. Aus diesem Grund stößt diese Entwicklung auch auf wachsende Kritik. Gerade in jüngster Zeit sind vermehrt Bestrebungen in Gang gekommen, die der auf diese Weise versuchten Flucht vor der Verantwortlichkeit Einhalt gebieten wollen. So finden sich Vorschläge, in den Fällen, in denen einem Urteil eine für Dritte günstige Beweiswirkung zukommen könnte, schon gar keine consent decrees abzuschließen[231)]. Eine andere Lösung lautet dahin, daß auch den consent decrees eine dem Endurteil entsprechende Beweiswirkung zukommen[232)] und die anderslautende Vorschrift in Sec. 5 Clayton Act gestrichen werden solle[233)]. Während diese zuletzt genannten Reformbestrebungen bisher noch ohne Erfolg blieben und auch wegen berechtigter Zweifel an ihrer Verfassungsmäßigkeit[234)] nur wenig aussichtsreich sind, suchten die Vertreter der

---

230) Vgl. dazu oben § 3 I 2 und die dort angegebene Literatur. Im einzelnen wird hinsichtlich der Zulässigkeit als Beweismittel unterschieden zwischen Consent decrees, die vor oder nach einer ersten Beweisaufnahme und nach einem Schuldgeständnis (guilty plea) oder einem bloßen Verteidigungsverzicht (plea of nolo contendere) zustandekamen. Vgl. zu diesen Fragen und zum Umfang der Beweiswirkung Timberlake, The Use of Government Judgments or Decrees in Subsequent Treble Damage Actions Under the Antitrust Laws, 36 N.Y.U.L. Rev. 991 (1961).

230a) Vgl. Babcock, The Admissability and Scope of Guilty Pleas in Antitrust Treble Damage Actions, 71 Yale L.I. 684 , fn. 17 (1962).

231) Report of Subcommittee No. 1 to the Select Committee on Small Business, H.R. 85th Congr. 2nd Sess. Jan. 3, 1959, p. 16.

232) Arnold vor dem Senate Subcommittee a.a.O., S. 164.

233) § 5 Clayton Act 2. Satz lautet: Provided, This section shall not apply to consent judgments or decrees entered before any testimony has been taken: Provided further, This section shall not apply to consent judgments or decrees rendered in criminal proceedings or suits in equity, now pending, in which the taking of testimony has been commenced but has not been concluded, provided such judgments or decrees are rendered before any further testimony is taken.

234) Seeley, The Pitfalls which Lurk in Government Litigation for Defendants who

als Kläger auftretenden Vereinigten Staaten einen anderen Ausweg. Sie verlangten, daß die zum consent decree drängenden Beklagten sich mit einer Klausel einverstanden erklärten, durch die sie verzichteten, sich bei künftiger Inanspruchnahme auf Schadensersatz durch Dritte auf das Fehlen einer prima facie Beweiswirkung des consent decree zu berufen[235]. Auf diese Weise wird eine der Beweiserstreckung des Sec. 5 Clayton Act vergleichbare Wirkung erzielt, die den für den Privatkläger begünstigenden Effekt hat, auf den er angewiesen ist.

2. Mutwillige Klageerhebungen

Weiter hat die lukrative Aussicht, für den Fall des Obsiegens noch eine Sonderprämie durch die Verdreifachung zu erlangen, zum Teil zu mutwilligen Ersatzprozessen geführt. Dem leistete vor allem auch die teilweise geübte Praxis amerikanischer Anwälte, Prozesse auf der Basis von Erfolgshonoraren zu übernehmen, Vorschub, und mancher verantwortungslose Anwalt hat hier eine Einekommensquelle gesucht. Dabei kam ihm sehr zustatten, daß bedrohte Unternehmen, um Präzedenzfälle zu vermeiden, äußerst vergleichsbereit waren und so jedenfalls auf einen Teilerfolg hoffen ließen.

3. Berechtigung der Verdreifachung des Schadens

Vor allem aber wurde mit der starken Zunahme erfolgreicher Antitrustklagen die Berechtigung der Schadensverdreifachung wieder fragwürdig[236]. Ganz abgesehen von den an sich unvermeidlichen Ungenauigkeiten bei der Schadensbestimmung bergen die erleichterten Vergleichsberechnungen noch darüber hinaus so viele Unsicherheitsfaktoren, die zwar für den bloßen Ersatzanspruch noch hingenommen werden können, in ihrer Verdreifachung aber kaum mehr tragbare Verzerrungen bedeuten. Dazu kommt, daß die Auswirkungen einer Reihe solcher Verurteilungen auf den dreifachen Ersatz so weit gehen können, daß sie die beklagten Unternehmen in ernstliche Liquiditätsschwierigkeiten und an den Rand des Bankerotts [237]

May Be Subjected to Treble Damage Actions, IV Antitrust Bull. 17.

235) Diese Methode ist gegen Unternehmen der Asphalt- und Straßenbaubedarfs Industrie angewandt worden. Auch verschiedene Zementwerke mußten sich einer entsprechenden Klausel unterwerfen; vgl. die Zusammenstellung der Fälle in 19 A.B.A. 95 (1961).

236) Cooper, Treble damages - Reward for private enforcement of federal antitrust law, 32 Dicta 293, 304 (1955). Chaffetz in Hearings before Subcommittee No. 3 of the Committee on the Judiciary HR. 83rd Congr. 1st Session.

237) Während im Eastman Kodak Fall der Ersatzverpflichtung von $ 23.745:00 ein Jahresgewinn von $ 3,5 Millionen gegenüberstand u. in Am. Can. Co. v. Lad[illegible] ga Canning Co., 44 F. 2d 763 (7th Cir. 1930) das Verhältnis $ 100.000 zu

bringen. In dieser Erkenntnis sind auch bereits seit längerer Zeit Stimmen[238] laut geworden; die heute noch gesetzlich verlangte Verdreifachung des Auslegungsanspruches in das Ermessen des Gerichts stellen wollen. Bereits der vom Justizminister eingesetzte Untersuchungsausschuß empfahl im Jahre 1955, es dem Richter der Tatsacheninstanz zu überlassen, ob er über den bloßen Ausgleich hinausgehend den Ersatzanspruch verdoppeln oder verdreifachen wolle [239]. Seither ist die mit politischen und wissenschaftlichen Argumenten geführte Diskussion zum Für und Wider[240] einer solchen Gesetzesänderung nicht abgerissen und dem 87. Kongreß liegt ein entsprechender Entwurf vor, der einen Ersatzanspruch auf das Dreifache nur noch bei vorsätzlichen Verstößen zuläßt und in den übrigen Fällen eine Verdoppelung des Schadens in gerichtliches Ermessen stellt[241].

4. Veränderungen im Steuerrecht

Dieses gesteigerte Interesse für den Schadensersatzanspruch hat auch noch auf dem Nebengebiet des Steuerrechtes seinen Niederschlag gefunden. Noch vor wenigen Jahren war der Dreifach-Schadensersatzanspruch auch deswegen für den Kläger besonders reizvoll[242], weil die den Ausgleich übersteigenden zwei Drittel einkommensteuerfrei blieben[243]. Erst im Jahre 1955 änderte der Supreme Court

---

$ 7 1/2 Millionen war, zeigt bereits der Story Parchment Fall mit einem Verhältnis von $ 195.000 zu $ 158.000 eine bedeutende Belastung, die im Falle Pick Barth v. Mitchell, 57 F. 2d 96 (1st Cir. 1932) mit $ 120.000 Ersatzverpflichtung bei einem Verlust von $ 750.000 noch besonders deutlich wird.

238) Diese kamen verständlicherweise ganz überwiegend aus der Filmindustrie, die unter dem Dreifach-Anspruch wohl mit Abstand am meisten gelitten hatte.

239) Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, (1955), S. 379.

240) Cooper, a.a.O., S. 304; Loevinger, Statement before Antitrust Subcommittee, a.a.O., S. 30; Mc Connell, The Treble Damage Issue: A Strong Dissent, 50 N.W.L.Rev. 342 (1955/56); Wham, Antitrust Treble Damage Suits: The Government's Chief Aid in Enforcement, 40 A.B.A.J. 1061.

241) 87th Congress, 1st Session H.R. 190, Jan. 3, 1961 sieht vor: "... shall recover the damages... and in the discretion of the court, an additional amount of not to exceed twofold his actual damages: Provided, however, That if the defendant's violation of these laws shall have been willful the damages recovered shall be threefold". Vgl. zu einem gleichlautenden früheren Entwurf: Hearings before Subcommittee No. 3 of the Committee of the Judiciary HR. 83rd Congr. 1st Sess. S. 12.

242) Doyle, a.a.O., berechnet, daß dieser bei Zugrundelegung der höchsten Steuersätze nicht eine drei- sondern eine sechzehnfache Entschädigung bedeutet.

243) Commissioner of Internal Revennue v. Glenshaw Glass Co., 211 F. 2d 928

diese Rechtsprechung und entschied, daß der gesamte Ersatzanspruch als Einkommen in dem laufenden Geschäftsjahr einkommensteuerpflichtig sein sollte[244]. Inzwischen hat aber der Gesetzgeber auch diese dem Kläger ungünstige Beurteilung mit der Bestimmung gemildert, daß die Steuerlast jedenfalls nicht größer sein darf, als wenn sich der ganze Ersatzbetrag auf die Schädigungsperiode verteilt hätte[245].

VIII. Abschließende Beurteilung

Schon der Umstand, daß sich Gesetzgebung, Anwaltschaft und wissenschaftliches Schrifttum in einem früher nie gekannten Maße mit Voraussetzung und Folgen der privaten Schadensersatzklage befassen, zeigt deren heutige Einschätzung als eines der wirksamsten Rechtsmittel in Verfolg von Antitrustverstößen. Dieser grundlegende Bedeutungswandel ist einer Reihe von Faktoren zuzuschreiben, als deren wichtigste hier abschließend die vom Zweck geleitete, aufgeschlossenere Haltung im Beweisrecht, der Rückhalt, den von der Regierung erfochtene Verurteilungen geben, und letztlich die außerordentliche Beschränkung von Gegeneinwänden herauszustellen sind. Eine solche zweckbestimmte Aufgabe wesentlicher Sicherheitsmaximen der Urteilsfindung führt in Einzelfällen auch zu einer dem Grunde oder wenigstens der Höhe nach ungerechtfertigten Zuerkennung von Ersatzansprüchen. Daß diese Gefahr ein noch zu verantwortendes Maß nicht übersteigt, dürfte durch die enorme Kostenlast, die jeder Kläger zunächst einmal zu tragen hat, gewährleistet sein. Mutwillen kommt dem Kläger teuer zu stehen.

Auf der anderen Seite haben gerade diese Kostenbeschwernisse einen sehr unglücklichen Effekt: sie schrecken den finanziell schwächeren Geschäftsmann, um dessen vordringlichen Schutz es allen Befürwortern der Ersatzklage ging, vor dem Risiko eigener Initiative auf dem Klageweg zurück. Eine der besten Verteidigungsmethoden kapitalkräftiger Unternehmen ist noch immer eine verzögernde Prozeßtaktik geblieben, die den schwächeren Kläger auf die Kniee zwingt. Dazu gesell

---

(3rd Cir. 1954) und C.I.R. v. William Goldman Theatres, ebendort.

244) C.I.R. v. Glenshaw Glass Co., C.I.R. v. William Goldman Theatres, 348 U.S. 426 (1955). Vgl. dazu Koenig, Federal Taxation of Private Antitrust Recovery, 13 Stan.L.Rev. 264 (1961) und die Kommentierung beider Entscheidungen in 99 L. ed. 491.

245) Sec. 1306 Internal Revenue Code eingefügt durch Sec. 58 Small Business Tax Revision Act of 1958, 72 Stat. 1606.

sich dann noch die Furcht vor wirtschaftlichen Vergeltungsmaßnahmen mächtigerer Gegner, sodaß auch das amerikanische Recht heute in der Praxis noch weit davon entfernt ist, dem kleinen Geschäftsmann oder gar einem einzelnen Privatkonsumenten einen verläßlichen Rechtsschutz, der sich auf eigene Entscheidung und Initiative gründet, zur Verfügung zu stellen. Wenn daher die Privatklage auch gerade der ihr besonders zugedachten Aufgabe insgesamt nicht gerecht zu werden vermag, so ist sie dennoch als wichtiger Beitrag zur Aufrechterhaltung und Durchsetzung einer Wettbewerbs-Wirtschaft zu würdigen. Die von Antitrustverstößen abschreckende Wirkung einiger Urteile mit hoher Schadenssumme läßt sich zwar kaum genau feststellen, wird aber doch in der Neigung zu vergleichsweiser Beilegung vor allem in allen von der Regierung, und auch von privater Seite eingeleiteten Verfahren deutlich. Stellt man daher nicht auf die Schutzwirkung für den einzelnen sondern der Konzeption der gesamten Antitrust-Gesetzgebung entsprechend auf die Allgemeinwirkung dieses Klagetyps ab, so bleiben hinsichtlich Bedeutung und Notwendigkeit keine Zweifel. Schätzungen in der Antitrust-Abteilung des Justizministeriums lauten dahin, daß gleiche Ergebnisse ohne die Privatklagen nur mit einem vierfach vergrößerten Aufwand bei den staatlichen Verfolgungsbehörden erzielt werden können [246] und alle staatlichen Bemühungen von diesen im Ergebnis um mehr als das zweifache übertroffen werden[247].

Versuchen wir die Gründe, die eine solche stetig zunehmende Bedeutung der Schadensersatzklage veranlaßt haben, der einleitenden (1. Kap. § 1, IV) Gruppierung von Zweckmäßigkeits- und Wertungsgesichtspunkten einzuordnen, um daraus Gewinn für die Beurteilung im eigenen Recht zu ziehen, so läßt sich zusammenfassend sagen:

) Da im amerikanischen Recht jedem durch eine nach den Antitrustgesetzen unerlaubte Handlung Geschädigten ein Schadensersatzanspruch ausdrücklich zugestanden ist, finden Überlegungen, ob die Ausnützung von Privatinteressen im Wettbewerbsrecht wesensnotwendig ist und ob die durch die Wettbewerbsgesetze im Bereich der Wirtschaft verbürgte freiheitliche Ordnung nicht die Anerkennung eigenständiger Klagerechte voraussetzt, keinen fruchtbaren Boden. Beide für die Entscheidung nach deutschem Recht gewichtigen Fragen sind durch die Vorsorge des Gesetzgebers entschieden. Mittelbar könnte ihnen lediglich noch insoweit Bedeutung zukom-

---

46) Morrison (ehemaliger Leiter der Antitrustabteilung) in Hearings before the Subcommittee on Study of Monopoly Power of the Committee on the Judiciary H.R. 82nd Congr. 1 st Sess. (1951) S. 15.

47) Hansen, Hearings before a Subcommittee of the Select Committee on Small Business, U.S. Senate 85th Congr. 2nd Sess. (1958), S. 141.

men, daß sie als zusätzliche Gründe, sei es für die Ausweitung oder die Beschränkung der Schadensersatzsanktion angeführt werden. Diese Entscheidung, die sich praktisch auf die Anforderungen im Beweisrecht zu beziehen hatte, ist aber vorwiegend unter anderen Gesichtspunkten getroffen worden: für sie waren in erster Linie Wahrnehmung, Sicherung und Förderung öffentlicher Interessen maßgebend.

2) Der Umstand, daß sich der private Schadensersatzkläger als unverzichtbarer Gehilfe für die Durchsetzung einer im Allgemeininteresse verfolgten Antitrustpolitik erwies, ist als der bei weitem wichtigste Grund für die andauernde Lockerung der Klageanforderungen und damit für den bedeutungsvollen Aufschwung der Privatklagen herauszustellen. Die Betonung der zusätzlichen Unterstützung staatlicher Behörden, der Gedanke der Abschreckung durch drohende dreifache Ersatzverpflichtung, die häufig wiederholte Feststellung, daß das Einzelinteresse dem Allgemeininteresse untergeordnet und nur in dessen Schatten schutzwürdig sei, sowie die mit dem Klor's Fall deutlich gewordene Tendenz, das öffentliche Interesse an der Antitrustverfolgung zunehmend zu unterstellen, lassen deutlich werden, daß auch dem Privatkläger vorrangig die Wahrnehmung öffentlicher Belange zugedacht ist. Diesen Zielen entsprechend konnten dann auch etwaige Beweisungenauigkeiten insbesondere bei der Schadensfeststellung kein unüberwindliches Hindernis mehr sein, da es nicht so sehr um einen Schadensausgleich sondern mehr um eine Sühnung einer öffentliche Interessen beeinträchtigenden Antitrustverletzung ging. Anreiz dazu war durch die Aussicht auf dreifachen Ersatz gegeben, was sich aber kaum in der vom Gesetzgeber beabsichtigten Weise auswirken konnte, da die Gerichte einer durch die Verdreifachung bedingten allzu starken Vergröberung ungenauen Schadensnachweises mit Zurückhaltung begegneten. Erst in der Ära neubelebter Antitrustverfolgung nach dem zweiten Weltkrieg konnten diese Bedenken dann zurückgedrängt werden, was wiederum unter dem Deckmantel der Verfolgung dringender öffentlicher Interessen erfolgte und inzwischen zu einem eindrucksvollen Anstieg der privaten Ersatzklagen geführt hat.

3) Schranken der Rechts- und Verkehrssicherheit bestehen hier in ungleich schwächerem Maße, als in den Fällen des Unwirksamkeitseinwandes. In erster Linie bleiben an der unmittelbaren Geschäftsbeziehung unbeteiligte Dritte gänzlich unberührt. Das Einzelgeschäft bleibt wirksam, und der Schadensersatzanspruch ist eine ausschließlich parteiinterne Folge, wobei allerdings auf der Seite der Beklagten die übrigen Absprachebeteiligten mit herangezogen werden können. Ferner bleibt auch die Gefahr abweichender Beurteilung in verschiedenen Gerichtsbarkeiten vermieden. Die Bundesgerichte sind für Ersatzklagen nach Bundesantitrustrecht ausschließlich zuständig. Die verbleibende Unsicherheit bei der Schadensbemessung kann unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit solange in

Kauf genommen werden, als deren Nutzen im öffentlichen Interesse sichergestellt st. Sie erscheint jedenfalls weit weniger gefährlich als die Ungerechtigkeit, die durch die völlige Versagung vertraglicher Leistungspflichten begründet würde.

5) Auch unter Praktikabilitätsgründen sind die Erfolgsaussichten der Schadensersatzklagen ungleich günstiger als die des Verteidigungseinwandes der Vertragsunwirksamkeit. Zwar halten Kostenanforderungen von der Geltendmachung von Minimalansprüchen, die den Aufwand eines mit umfangreichen Beweisaufgaben belasteten Prozesses nicht lohnen, ab, doch müßte gleiches für den Nachweis der Antitrustverletzung zur Begründung des Einwandes gelten, solange nicht der Vorschlag Lockhart's 248) verwirklicht worden ist, und die Anwendbarkeit von Sec. 5 Clayton Act auch auf diese Fälle ergänzend im Gesetz bestimmt ist. Nach geltendem Recht ist diese Beweiserleichterung auf Klagen gegen die bereits verurteilten Antitrustsünder beschränkt und hat hier die allergrößte Bedeutung, was sich darin zeigt, daß ca. 80 % aller Schadensersatzklagen solche Anschlußverfahren sind. Die dem Kläger damit praktisch noch verbleibende Beweislast zum Schadensnachweis erscheint unter den Anforderungen der jüngsten Entscheidungen tragbar und bei sorgfältiger Beachtung aller von der Rechtsprechung entwickelten Maximen auch erfolgversprechend.

Dieser Aufgabenstellung und Entwicklung eingedenk läßt sich heute voraussagen, daß auch während der laufenden demokratischen Regierungsperiode, deren Antitrustabteilung ihre Anstrengungen unvermindert, ja eher noch gesteigert[249] fortsetzt, und zu einer Zeit, in der auch die öffentliche Meinung geschult wird, in Antitrusterstößen verwerfliche Delikte zu sehen[250], die Bedeutung gerade auch der Privatklage weiter steigen wird. Darauf deuten insbesondere auch die Bemühungen der Gesetzgebung hin, dem Privatkläger größtmögliche Unterstützung zuteil werden zu lassen. Werden diese bereits in den Gesetzesanträgen offenbar, wonach stets eine Vermutung für das Bestehen öffentlichen Interesses bei privaten Schadensersatz- und Unterlassungsklagen bestehen soll, so zeigen sie sich noch deutlicher in den Bestrebungen, die Flucht zum consent decree zu unterbinden[251]. Zwei parallele Gesetzesanträge im Senat und Repräsentantenhaus [252] sehen vor, daß alle in Aussicht

---

48) a.a.O., S. 574 Anm. 333.

49) Dabei hatte bereits das Jahr 1960 mit 92 neuen Klagen der Antitrustdivision einen beachtlichen neuen Record gegenüber dem früheren Maximum von 70 Klagen im Jahr 1942 erreicht (vgl. New York Times vom 6. 1. 1961).

50) Vgl. den Bericht der New York Times vom 7. 2. 1961, zu den Gefängnisstrafen gegen 7 Direktoren aus der Elektroindustrie wegen unerlaubter Preisvereinbarungen und Smith, The Incredible Electrical Conspiracy, 63 Fortune 132, 161 (April u. Mai 1961).

51) Zu den Gründen vgl. oben VII 1).

52) S. 1802, HR 836.

genommenen Consent decrees wenigstens 30 Tage vor deren Abschluß veröffent
licht werden sollen, um auch außenstehenden Parteien Gelegenheit zur Stellung
nahme und zur Kritik zu geben.

§ 5 DER UNTERLASSUNGSANSPRUCH

Die Untersuchungen zum amerikanischen Recht blieben unvollständig, ohne
daß die Möglichkeit einer Unterlassungsklage zumindest noch kurz erwähnt wür
Diese ist erst seit der ausdrücklichen Regelung im § 16 des Clayton Act von
1914[1] zulässig. Obwohl auch die Equity Gerichte der U.S.A. gegen drohende
Rechtsverletzungen Unterlassungsanordnungen gewährten[2], war im Gebiet des A
titrustrechtes während der ausschließlichen Geltung des Sherman Act offensichtl
doch die Überzeugung maßgebend, daß der vordringliche öffentliche Schutz nic
durch private Unterlassungsklagen gewährleistet und gefördert werden kann[3], d
se einschneidenden Rechtsmittel vielmehr der öffentlichen Hand überlassen blei
ben müssen[4]. In der Folge vollzog sich aber auch hier eine dem Schadensersat
recht entsprechende Entwicklung zur Besserstellung des Klägers. Während in der
Anfangsjahren ein Unterlassungsanspruch nur dann gerechtfertigt war, wenn eine
"gefährliche Wahrscheinlichkeit" der Rechtsverletzung bestand[5], halten sich di
Gerichte heute ausschließlich an den Gesetzestext, der lediglich eine "drohend
Verletzung" verlangt[6]. Jedenfalls muß der Kläger auch hier die Beeinträchtigu
seiner persönlichen Rechte behaupten und beweisen und darf sich nicht zum Hü

---

1) 38 Stat. 730-749; 15 U.S.C. 26.

2) Dem wichtigsten Grundsatz des Equity-Verfahrens zufolge stehen seine Mit
der Rechtsverfolgung nur dann zur Verfügung, wenn das ordentliche Verfahr
keinen ausreichenden Schutz zu gewähren vermag. Dies aber ist gerade in
Fällen anerkannt, in denen die Beweisanforderungen des Schadensersatzans
ches nicht erfüllt werden können. Vgl. dazu Mc Clintock, On Equity, (1948), S.

3) Connolly v. Union Sewer Pipe Co., 184 U.S. 542, 22 S. Ct. 431 (1902); State
Minnesota v. Northern Securities Co., 194 U.S. 48, 24 S. Ct. 598 (1904); Pai
Lumber Co. v. Neal, 244 U.S. 459, 37 S. Ct. 718 (1917).

4) Vgl. dazu Brown, Injunctions & Divestiture, V A.B.A. 129 (1954).

5) Bedford Cut Stone Co. v. Journeymen S.C. Assoc. of North America, 274 U.S.
54, 47 S. Ct. 522 (1927).

6) Ring v. Spina, 84 F. Supp. 403 (D.O.N.Y. 1949); Alden Rochelle v. A.S

bloßer Allgemeininteressen durch die alleinige Behauptung einer Gesetzesverletzung machen.

Dagegen sind die Gerichte mit einstweiligen Unterlassungsanordnungen sehr zurückhaltend[7] und gewähren diese vor einer abschließenden Verhandlung zur Aufrechterhaltung des status quo während des Gerichtsverfahrens nur dann, wenn damit keine Vorentscheidung über wesentliche Streitpunkte zu treffen ist[8].

Insgesamt genießt der Unterlassungsanspruch, trotz der geringeren Beweisanforderungen und der für den Privatkläger vorteilhafteren Vollstreckungsmöglichkeiten[9] keine dem Schadensanspruch vergleichbare Popularität und wird in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle nur als weiterer Antrag mit der Schadensersatzklage anhängig gemacht; dabei kann dann aber auch unabhängig von dieser, und selbst für den Fall, daß sie abgewiesen wird, über den Unterlassungsanspruch positiv entschieden werden[10]. Die Erfahrung hat dabei gezeigt, daß Unterlassungsanordnungen in der bei weitem überwiegenden Mehrzahl aller Fälle ihrem Zweck zur Unterbindung weiterer Wettbewerbsbeeinträchtigung genügen. Nur in den seltensten Fällen sind die Kläger wegen einer Verletzung des Unterlassungsurteils durch den Beklagten bei Gericht wieder vorstellig geworden[11].

A.P., 80 F. Supp. 888 (D.C.S.D.N.Y 1948).

7) Z.B. Meiselmann v. Paramount Film Distributing Corp., 180 F. 2d 94 (4th Cir. 1950).

8) Vgl. Note: Antitrust Enforcement by Private Parties, 61 Yale L.J. 1010, 1021 (1952).

9) Bei Nichtbeachtung oder Übertretung der "injunctive order" durch den Beklagten spricht das Gericht gegen diesen auf Antrag des Klägers "civil contempt of court" aus und verurteilt ihn zu einer meist schwerwiegenden Zwangsstrafe.

10) Mid Western Theatres Co. v. Co-operatives Theatres of Michigan, 43 F. Supp. 216 (D.C.E.D. Mich. 1941).

11) Note: Antitrust Enforcement by Private Parties, 61 Yale L.J. 1010, 1058 (1952).

3. Kapitel: ÜBERSICHT ÜBER DIE DEUTSCHE RECHTSPRECHUN

§ 1 FEHLSCHLAG DES § 10 KVO

Bedingt durch den völligen Neuanfang, dem das deutsche Kartellrecht durch die Dekartellisierungsbestimmungen nach dem zweiten Weltkrieg unterworfen war, gewinnnen die für das amerikanische Recht untersuchten Fragen auch erst von dieser Zeit ab an Bedeutung, da die Bestimmungen jetzt erstmalig ein generelles Kartellverbot vorsahen. Bis dahin war auch während der Kriegsjahre noch immer die KVO v. 1923 in Kraft gewesen[1], die ja ihrer Aufgabe zum Schutze von Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl nur in Mißbrauchsfällen durch verwaltungsmäßigen Eingriff gerecht werden zu können glaubte. Aus diesem Rahmen einer verwaltungsmäßigen Mißbrauchskontrolle wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen fiel allein § 10 KVO, der gerade für die hier wichtige Frage, inwieweit einseitig abgesprochene Bedingungen auf den Bestand eines Drittvertrages Einfluß haben können, eine detaillierte und aufschlußreiche gesetzliche Regelung brachte. Danach konnte das Kartellgericht auf Antrag des Reichswirtschaftsministers den Vertragsparteien, die durch Geschäftsbedingungen oder Arten der Preisfestsetzung[2], die Kartelle oder marktmächtige Unternehmungen bestimmt hatten, nachteiligt waren, ein Rücktrittsrecht vom Vertrag zuerkennen. Abgesehen davon, daß die anstößigen Abmachungen geeignet sein mußten, unter Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl zu gefährden, befaßte sich diese Bestimmung gerade mit der hier zu untersuchenden Sachproblematik, soweit diese die Auswirkungen der vertraglichen Wettbewerbsbeschränkung auf den Drittvertrag betrifft. Die Existenz der Bestimmung beschei nigt dem Gesetzgeber, daß er bereits im Jahre 1923 die Gefahren und unerträglichen Belastungen erkannt hatte, die sich aus einem Verzicht auf ein generelles Kartellverbot und einem entschiedenen Festhalten an dem Grundsatz der Vertragfreiheit für dritte Parteien ergeben mußten. Dabei fällt dann besonders auf, daß im Unterschied zum späteren GWB die KVO, die im übrigen einer Kartellierung gegenüber sehr viel nachsichtiger war, sich dieser Drittwirkung möglicher Wettbewerbsbeschränkung durch eine Sonderregelung annahm.

---

1) Erst die Generalklausel des Art. VI der Militärregierungsgesetze hob dieses frühere deutsche Kartellrecht auf.

2) Aus dieser Formulierung wird erkennbar, daß an sich etwas anderes gemeint ist als die bloße Preishöhe. Der gleiche Terminus ist auch in § 1 KVO gebraucht, wo darunter "jede Verpflichtung, die im Gegensatz zu freier Preisregelung die Preisfestsetzung ziffernmäßig beeinflußt" (Callmann, a.a.O., § 1 Anm. 46, S. 333), verstanden wird.

Dem Wesen einer Mißbrauchsregelung zufolge bedurfte es zur Bestimmung der rittvertragsauswirkungen auch erst einer auf Verwaltungsinitiative hin ergangenen nordnung des Kartellgerichts, so daß bei Nichtigkeitserklärung des Kartellvertra- es selbst gem. § 4 KVO eine automatische Auswirkung auf den Drittvertrag unter- ieb. Darüber hinaus läßt die sehr ins einzelne gehende Fassung des § 10 KVO er- ennen, daß verschiedene widerstreitende Gesichtspunkte, die eine Entscheidung ich geltendem Recht erschweren, bereits abgewogen wurden und einer ausglei- enden Lösung zugeführt werden sollten. So können lediglich anderweitig rechts- ültige, noch nicht erfüllte Verträge zum Rücktritt berechtigen[3], worin der Grund- edanke deutlich wird, daß im Interesse der Rechtssicherheit erledigte Geschäfte cht wieder aufgegriffen werden sollen[4]. Das Rücktrittsrecht steht allein den be- achteiligten Vertragspartnern zu, sodaß sich in Zeiten einer Warenknappheit die im Schutz des schwächeren Einzelpartners erlassene Vorschrift nicht plötzlich in r Gegenteil verkehren kann[5]. Besonderes Interesse verdient für unsere Aufgaben- ellung noch die Regelung in Abs. V. Danach sind nämlich solche Einzelverträge, e erst nach der Bekanntmachung der Entscheidung des Kartellgerichts weiterhin ter den beanstandeten Voraussetzungen abgeschlossen werden, insoweit unmittel- r nichtig[6], ohne daß es auf ein besonderes Vorgehen des benachteiligten Ver- agsteils ankommt. Die Anordnung des Kartellgerichts wird damit über § 10 Abs. V VO zu einem unabdingbaren gesetzlichen Verbot, auf dessen Auswirkung sich nun eide Vertragsparteien und ebenso jeder Dritte berufen können[7]. Für die vorliegen- Untersuchung drängt sich dabei sofort die Frage auf, ob es bei der abweichenden, n Verbotsprinzip festhaltenden Gesetzessystematik des GWB noch einer solchen be- nderen Gleichstellung des generellen Kartellverbots mit dem gesetzlichen Verbot s Zivilrechts bedarf, oder ob dieses schon allein auch auf Drittverträge wirken nn.

Diese nicht im Wortlaut zum Ausdruck gekommene Einschränkung wird aus der in Absatz 2 angeordneten Regelung bei Sukzessivlieferungsverträgen deutlich. So auch Müllensiefen-Dörinkel, Kartellrecht, 1938, VI, 14. Anm. 1.

Callmann, a.a.O., § 10 Anm. 13, S. 455.

Callmann, a.a.O., § 10 Anm. 1 S. 451, erklärt bereits die Entstehung der Vorschrift aus dem in der Inflationszeit mit Geschäftsbedingungen und Vertragsklauseln getriebenen Mißbrauch der sich aus der Warenknappheit ergebenden Machtstellung des Anbieters.

Es heißt dann in Absatz V weiter: "§ 139 findet entsprechende Anwendung." Diese stets schwierig anzuwendende Norm wurde in gleicher Weise behandelt wie das in Abs. 1 geregelte Teil-Rücktrittsrecht, auf das die Partei dann beschränkt war, wenn angenommen werden konnte, daß der Einzelvertrag auch ohne die beanstandeten Voraussetzungen abgeschlossen worden wäre.

Isay-Tschiersky, Kartellverordnung, 2. Auflg. 1930, § 10 Anm. 2 vergleichen das Verhältnis von § 10 Abs. V KVO zu § 134 BGB mit dem von § 136 zu § 135 BGB.

Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung ist hinter ihrer potentiellen Reic weite weit zurückgeblieben[8], aber immerhin meint Callmann[9], daß ihre Wirk samkeit vielleicht schon allein in ihrem Bestehen gesehen werden könne[10] und infolge der geringen Zahl praktischer Eingriffe[11] allein nicht schon verneint zu werden brauche. Sie kann vielmehr als der Ansatz zu einer notwendigen Ergän zung der allein an das Merkmal der Sittenwidrigkeit gebundenen Regelung in de §§ 138, 826 BGB, 1 UWG begrüßt werden und es muß schon überraschen, daß be der Abfassung des neuen Gesetzes Dekartellisierungs- und Antitrust-Recht so aus schließlich als Vorbild dienten, daß nicht einmal bei den Beratungen eine dem § 10 KVO entsprechende Regelung nur auch erwogen wurde.

§ 2 DIE RECHTSPRECHUNG ZUR DRITTWIRKUNG AUF DEN KUNDENVERTRAG

1. Das Zementurteil

Wie bereits zur Einleitung der Arbeit dargestellt, erhielt die Diskussion zur F ge der Auswirkung unwirksamer Kartellverträge auf Einzelverträge durch die Ze mententscheidung des V. Strafsenats des BGH[1] ihre Anregung. Die genauere Fra gestellung lautete dahin, inwieweit kartellmäßig abgesprochene Bedingungen, d ein Kartell- und Einzelvertragspartner in einen Vertrag mit einem Dritten, mei mit seinem Kunden, aufgenommen hatte, dessen Rechtsverbindlichkeit beeinflu sen können.

Im Zementfall, dessen Sachverhalt bereits eingangs wiedergegeben ist, stell der BGH zunächst eine gegen die Dekartellierungsabstimmungen[2] verstoßende

---

8) Dies ist vor allem damit zu erklären, daß der Reichswirtschaftsminister sich Umweg über das Kartellgericht gern sparte und sich zur Kartellbekämpfung lieber auf seine eigenen Rechte gem. § 4 KVO verließ.

9) a.a.O., § 10 Anm. 1, S. 451.

10) Zumal § 17 KVO eine Strafbarkeit des Hinwegsetzens über eine nach § 10 KVO begründete Nichtigkeit vorsah.

11) Nach Müllensiefen-Risse, Praxis der Kartellrechtsprechung 1937, stand led lich in zwei Verfahren vor dem Kartellgericht der § 10 KVO zur Debatte. der Entscheidung vom 14.7.1925 wurde ein Rücktrittsrecht gem. § 10 KVO als unnötig versagt und in der Entscheidung vom 3.10.1929 fehlte es an ei gegenwärtigen Gefährdung des Gemeinwohls.

1) BGHSt. 8, 221; Urteil vom 23. 9. 1955, WuW/E BGH 118.

2) Art. I, Nr. 2; Art. V Nr. 9c Abs. I und II MRVO 78.

Preis- und Gebietsabsprache der Zementlieferanten fest, die auch unter dem Gesichtspunkt der damals noch beachtlichen "rule of reason"[3] nicht gerechtfertigt werden konnte und damit gemäß § 134 BGB nichtig war[4]: Ohne jede genauere Begründung geht der BGH dann davon aus, daß die bloße Aufnahme solcher rechtsunwirksam vereinbarten Absprachen in den Einzelvertrag bereits auch für diesen § 134 BGB anwendbar werden lasse. Da dem Gericht jedoch eine absolute Vertragsnichtigkeit, auf die sich auch die Lieferanten hätten berufen können, unerwünscht und mit der aus den Wettbewerbsgesetzen abgeleiteten Zielrichtung, ungehinderten Warenumsatz zu fördern, unvereinbar erschien, suchte es einen Ausweg zu einer befriedigenderen Lösung über die Subsidiaritätsklausel des § 134 BGB. Danach schien dem Gericht eine Aufrechterhaltung der Verträge ohne die übernommenen verbotswidrigen Abreden die gegebene Lösung[5]. Eine solche aus der Subsidiaritätsklausel allein begründete Teilnichtigkeit müßte als Umgehung des § 139 BGB erscheinen, würde sie sich nicht mit Sicherheit als die dem betreffenden Gesetz allein entsprechende Regelung nachweisen lassen. Um dieser Anforderung zu genügen, suchte der Senat, dem die bloße Auslegung der mit den Militärregierungsgesetzen verfolgten Ziele keine befriedigende Grundlage abzugeben schien[6], durch eine Anleihe aus der Rechtsprechung zu den vertraglichen Preisverstößen eine überzeugendere Begründung zu finden. Unter sinngemäßer Anwendung der dort entwickelten Grundsätze hielt das Gericht somit die Lieferverträge aufrecht, räumte den kartellgebundenen Lieferanten jedoch einen Kaufpreisanspruch nur in der Höhe ein, wie er "ohne die wettbewerbsbeschränkenden Abreden angemessen war, betrachtet vom Standpunkt einer kartellfreien Marktwirtschaft aus"[7]. Die Frage, ob

---

3) BGHZ 3, 193(198); NJW 1952, 344; BGHZ 5, 71 (74) und 126 (129). Deren Anwendung hätte hier ohnedies nur mißverständlich erfolgen können, da Preisabsprachen auch im amerikanischen Recht schon per se unzulässig sind und ein Eingehen auf die rule of reason nicht erlauben. Vgl. dazu Schwenk, WuW 53, 515 und Günther in einer Urteilsanmerkung WuW/E/BGH 122.

4) Der BGH, a.a.O., S. 244, verwies dazu auf seine eigene Entscheidung BGHZ 3, 196 und zwei Urteile der OLGe Düsseldorf (WuW 1953, 309) und München (GRUR 1951, 468).

5) Es heißt auf S. 225: "Um die Entfaltung des Wirtschaftslebens zu gewährleisten, müssen sie (die Einzelverträge) vielmehr aufrechterhalten bleiben mit der Einschränkung, daß lediglich die verbotswidrigen Abreden entfallen. Diese Abreden allein sind insoweit nichtig, als sie durch das Verbot betroffen werden."

6) Das wenig ältere Urteil des I. Zivilsenats vom 18.3.55 WuW/E BGH 100, (Kokillenguß), das den § 139 BGB bei teilweiser Nichtigkeit von wettbewerbsbeschränkenden Bestimmungen eines Patentlizenzvertrages ebenfalls ausschloß, gab hier keinen Anhalt, da es sich in diesem Fall um das Sonderproblem der Weitergeltung von "Altverträgen" handelte.

7) a.a.O., S. 226.

der Angeklagte sich auch nach Beschneidung der Lieferantenansprüche noch einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschafft hatte, verwies es zur Entscheidung an das Instanzgericht zurück.

Diese Zurückverweisung kann hier nur bedauert werden, denn ohne diesen Ausweg wäre der BGH bestimmt gezwungen gewesen, sich die Bestimmbarkeit eines angemessenen, kartellfreien Marktpreises etwas genauer zu überlegen. Daß hier in der Angelpunkt der ganzen Entscheidung liegt, wird nicht nur aus dem kommentierenden Schrifttum klar, sondern zeigt sich bereits in dem folgenden Urteil der Tatsacheninstanz. Dem Landgericht[8] blieb zwar aus besonderen Umständen[9] die Last erspart, einen genauen Wettbewerbspreis zu bestimmen, jedenfalls sah es sich dazu auch außerstande. Die zu Hilfe gerufenen Sachverständigen hielten es für unmöglich, nachträglich den Marktpreis zu ermitteln, wenn kein freier Markt bestanden hatte, und ihre auf Durchschnittswerte abgestellte Ersatzlösung, die den Marktpreis bei 10 % unter dem Kartellpreis annahm, befriedigte das Gericht nicht, da sie sich aus den Zahlenangaben nicht rechtfertigt und mit unterschiedlichen Sonderrabatten und einzelnen kartellfreien Preisen nic übereinstimmte.

2. Der deutsche Continental Fall

Die ohne Begründung recht apodiktisch aufgestellte These des BGH von der Auswirkung der Kartellverbote auf den Einzelvertrag, stieß im Schrifttum[10] auf einmütige Ablehnung. Dabei konzentrierte sich die Kritik nicht nur auf die offensichtliche Überforderung des Gerichts, marktgerechte Preise bestimmen zu können, sondern setzte vor allem an der schwachen Stelle des Urteils an, wo de BGH die Verbindung des Einzelvertrages mit der Kartellabrede durch deren entsprechenden Inhalt allein herstellen zu können geglaubt hatte. Diese Unbekümmertheit der Urteilsfindung wird besonders auch dadurch offenbar, daß es das Ge richt nicht einmal für nötig hielt, zu früheren einschlägigen Entscheidungen Stellung zu nehmen.

---

8) LG Hildesheim, Urteil vom 19.10.1957 in WuW/E LG/AG 77.

9) Es hatte sich inzwischen herausgestellt, worauf schon Günther in seiner Anmerkung zum Revisionsurteil (WuW/E BGH 122) hingewiesen hatte, daß die Zusammenschlüsse der Zementwerke mögliche Befreiungsanträge eingereic hatten und bis zu deren Entscheidung ihre Tätigkeit in hergebrachter Weise fortsetzen durften. Das Strafverfahren erforderte darum nun vor allem Überlegungen zum Verschulden des Angeklagten, dem nicht zu widerlegen war, daß ihm von den Befreiungsanträgen nichts bekannt war; er mußte schließli mangels Beweises für ein Verschulden freigesprochen werden.

10) Ballerstedt, Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 56, 267; Flume, Verboten

Dazu hätte bereits ein Urteil des Reichsgerichts[11] ausreichenden Anlaß gegeen. Die Fa. Continental hatte gegen einen ihrer Reifenhändler geklagt, der die on der Verkäuferin vorgeschriebenen Wiederverkaufspreise unterboten hatte. Die eifenfabrikanten hatten untereinander vertragliche Vereinbarungen zur Regelung es Kraftwagenreifengeschäfts getroffen, die vor allem auch die Behandlung der iederverkäufer zum Inhalt hatten. Der Beklagte wandte sich gegen die Gültigeit des Reversvertrages, aus dem die Klägerin ihre Ansprüche erhob und rügte sitnwidrige Knebelung und wucherische Ausbeutung unter mißbräuchlicher Ausitzung der wirtschaftlichen Machtstellung der Reifenfabriken. Obwohl nun gerade er Preisschutz beim Wiederverkauf nicht Gegenstand der Fabrikanten-Abrede geesen war, bestand doch weiterhin eine Beziehung zwischen Kartell- und Revertrag mit dem Kunden. Dennoch stellte das Gericht fest, daß die etwaige Nichgkeit des Kartellvertrages[12] für die auf den Reversvertrag gestützten Klageansprüe ohne Belang wäre[13], und entschied ganz allgemein: "Die Nichtigkeit des Karllvertrages zöge an sich überhaupt noch nicht die Nichtigkeit der von den einzelen Kartellmitgliedern mit ihren Kunden geschlossenen Kauf- und sonstige Verträge ach sich[14]".

3. Fall Werbeunternehmen

Immerhin könnte sich der BGH mit einem Schein des Rechts noch auf den prinpiellen Unterschied zwischen dem früheren und dem zur Zeit seiner Entscheidung eltenden Kartellrecht berufen. Nur mit einem Schein allerdings deswegen, weil e Frage der Verknüpfung zwischen Kartell- und Einzelvertrag ohne ausdrückliche esetzliche Regelung in erster Linie eine solche der zivilrechtlichen Dogmatik und cht des Kartellrechts ist. Jedenfalls wäre dann aber vermehrt Anlaß gewesen, sich it dem Werbeunternehmen-Urteil des OLG Düsseldorf[15], auseinanderzusetzen.

Preisabsprache und Einzelvertrag, WuW 1956, 457; Fikentscher, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, BB 1956, 793; Strickrodt, Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, WuW 1957, 75; Schwenk, Wechselwirkung von Kartellverbot und Einzelvertrag, WuW 1958, 326; und die einschlägige Kommentarliteratur: v. Brunn im Gemeinschafts-Kommentar, Anhang nach § 2, 211; Frankfurter Kommentar, § 1 Tz 68/69, Langen, 3. Aufl., 1958, S. 73; Rasch, 2. Aufl. 1958, S. 45; Müller-Gries, 1958, § 1 Anm. 24.

) RGZ 133, 51 vom 22.5.1931.

:) Diese sollte sich aus § 138 BGB ergeben, da die Voraussetzungen der KVO, die zu einer Nichtigkeit führen konnten, nicht erfüllt waren.

) a.a.O., S. 59. 14) a.a.O., S. 58.

) Urteil vom 14.2.1952, BB 1952, 210.

Dort hatte ein Auftraggeber gegen die Honorarklage einer Anzeigengesellschaft eingewandt, daß die von dem Verband der Werbeunternehmen empfohlenen Richpreise gegen die MRVO 78 verstießen und daher auch alle auf Grund der verbotenen Preisvereinbarung getroffenen Abmachungen wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig seien. Das OLG glaubte, durch Anerkennung einer solchen Argumentation die Rechtssicherheit empfindlich zu gefährden und lehnte eine solche unmittelbare Wechselwirkung ab[16].

Obwohl der BGH in der Revision des Urteils[17] diese besondere Frage nicht noch einmal anschnitt, schien damit zunächst doch klargestellt, daß Einzelverträge von etwa zugrunde liegenden Preisabreden unabhängig sind[18].

4. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die Rechtsprechung zu Fällen, in denen allgemeine Geschäftsbedingungen, deren Vereinbarung möglicherweise gegen das Kartellverbot verstieß, den Einzelvertrag formten, bekräftigt diesen Eindruck. Schon Dörinkel hatte dies wieder in Zusammenhang mit einem Urteil des LG Wuppertal[19] betont, das sich mit allgemeinen Lieferbedingungen in der Elektroindustrie zu befassen hatte. Der Fehlschluß im Zementurteil konnte darum bald mit dem Rückhalt einer sonst einheitlichen Rechtsprechung[20] im Spediteurfall[21] wieder richtig gestellt werden. Hier wehrte sich der Auftraggeber einer Speditionsfirma, die einen Ersatzanspruch gegen ihn geltend machte, für den als Anspruchsgrundlage eine Bestimmung der ADS diente, mit dem Einwand des Kartellverstoßes. Das Gericht schenkte sich eine Untersuchung, ob die ADSp allein schon gegen das Kartellverbot der Militärgesetze verstießen, da es - letzteres einmal unterstellt - immer noch zu dem Ergebnis gelangte, daß die Kartellbeteiligung eines Spediteurs nicht schon dessen Einzelverträge automatisch in das Kartellverbot einbezog. Während dieses Urteil mit d

---

16) Wörtlich heißt es: "Selbst wenn die ... empfohlenen Preislisten gegen das Kartellverbot verstießen, so würden dadurch die auf Grund dieser Preislisten zwischen der klagenden Anzeigengesellschaft und ihren Kunden abgeschlossenen Einzelverträge nicht berührt."

17) BGH Urteil vom 17.12.52 , WuW/E BGH 38, mit Anmerkungen von Gleiss, BB 53, 129 und Meyer-Cording, NJW 53, 579.

18) So von der Goltz, BB 52, 210 und Meyer-Cording, a.a.O. Abweichend jedoch Gleiss, a.a.O., S.130, der ebenfalls ohne Beachtung der dogmatischen Regeln nicht sehr bestimmt feststellt: "Wenn ein Einzelvertrag eine verbotene Kartellabrede ausdrücklich einbezieht und sie zu seinem Inhalt macht, so dürfte die Nichtigkeit der Kartellabrede auch den Einzelvertrag ergreifen."

19) Anmerkung zum Urteil des LG Wuppertal vom 27.1.1953 in WuW 1953, 370(3

20) Außer den erwähnten noch Urteil des OLG Düsseldorf vom 9.12.54 in WuW/E O

21) Urteil vom 4.5.1956 in WuW/E BGH 152.

überwiegenden Lehre und Rechtsprechung in Einklang stand und im konkreten Fall auch vom Ergebnis her befriedigte, ließ es doch ebenfalls wieder die Klarheit juristischer Argumentation vermissen. Der BGH beschränkte seine Untersuchung wieder allein darauf, ob dem Einzelvertrag selbst Kartellcharakter zukommt, sah zu einer solchen Annahme aber keinen "ausreichenden Anlaß" [22]. Eindeutig gaben hier Praktikabilitätsgründe wieder den Ausschlag und verschleierten die rechtliche Sachproblematik der Verkettung von Kartell- und Einzelvertrag. Unabsehbare Folgen und Störungen des Wirtschaftsablaufs wurden zu den entscheidungsbestimmenden Kriterien[23]. Die Beschränkung, den Einzelvertrag allein auf seinen selbständigen Kartellcharakter zu überprüfen, erlaubte zwar einen Unterscheidungsversuch gegenüber dem Zementurteil, der dadurch aber an Überzeugungskraft nicht gewinnen konnte. Die ständige Geschäftsverbindung des Zementgroßhändlers mit den Mitgliedern eines Preiskartells schaffte insoweit keinen qualifizierenden Unterschied gegenüber dem Einzelvertragsverhältnis zu Bedingungen eines Konditionenkartells[24]. Um dem BGH gerecht zu werden, muß man vielleicht am ehesten dem Schlußsatz des Urteils Gewicht beimessen, in dem es das Gericht für angezeigt hält, "zunächst weitere Erfahrungen und Erörterungen im Schrifttum abzuwarten". Dann erscheint der wenig einleuchtende Unterscheidungsversuch[25] mehr als ein Ausweg, der um die Vorlegungspflicht an die Vereinigten Großen Senate[26] herumführen sollte und deshalb noch keineswegs die weiterhin als unbewältigt anzusehende Frage präjudizierte.

---

22) a.a.O., BGH 153.

23) Diese wurden von Deringer in seiner Urteilsbesprechung in NJW 1956, 1714 nochmals herausgestellt.

24) Das Fehlen einer dogmatischen Stütze wird auch an einer anderen Stelle des Urteils deutlich. So heißt es auf S. BGH 153 oben: "... so würde daraus noch nicht folgen, daß der von einem Spediteur mit einem Kunden nach den ADSp geschlossene einzelne Speditionsvertrag oder gar der zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits geschlossene einzelne Speditionsvertrag wegen Verstoßes gegen die Kartellgesetze nichtig sei." Worin der Unterschied zwischen einem einzelnen Speditionsvertrag und gerade dem zwischen den streitenden Parteien zustandegekommenen zu sehen sein soll, ist nicht ersichtlich.

25) Die Abgrenzung von Spediteur- und Zementfall drängt die Parallele auf, die sich im amerikanischen Recht zwischen Connolly- und Continental Case anbietet (vgl. dazu oben 2. Kap. § 2 II). Im letzteren Fall überging der Supreme Court ebenfalls juristische Unterscheidungskriterien und ließ sich bei seiner Entscheidung von dem Eindruck, es mit einem ausgeklügelten wettbewerbsbeschränkenden System zu tun zu haben, leiten.

26) Gem. § 136 Abs. II GVG. Die Vorlegung gem. § 137 GVG dagegen hielt das Gericht noch nicht für an der Zeit.

5. Filmverleih Bedingungen

Die Rechtsprechung zur Unabhängigkeit von Kartell- und Einzelvertrag fand nur wenig später eine weitere Festigung in einem Zwischenurteil des LG Hamburg[27], das die selbständige Rechtsgültigkeit eines Filmverleihvertrages auch für den Fall annahm, daß die Verleihbedingungen zwischen der Filmindustrie abgesprochen und damit gesetzwidrig wären. Die Einzelvertragsbedingungen, so führte die Kammer aus, werden nur dann nichtig, "sofern sie ihrem Inhalt nach selbst Verstöße gegen die Kartellbestimmungen aufweisen" [28]. Damit scheint zu guter letzt auch in der deutschen Judikatur die Einsicht Niederschlag zu finden, daß Einzel- und Kartellvertrag zwei selbständig zu beurteilende Tatbestände sind, eine Erkenntnis, die ja auch der amerikanischen Gerichtspraxis, die sich in dem Begriffsstreit um "inherent" oder "collateral" verfangen hatte, große Mühe machte.

6. Abgrenzung zur Preisrechtsprechung

Obwohl das Zementurteil, das bedenkenlos von einer Nichtigkeit des Einzelvertrages ausging, durch die folgenden Entscheidungen als berichtigt angesehen werden darf, bleibt doch jedenfalls der zweite Teil der Entscheidung, der sich mit der Frage befaßte, in welchem Ausmaß eine Nichtigkeit bejaht werden kann, für die Fälle möglicherweise von Bedeutung, in denen das Einzelvertragsverhältnis selbst Gesetzwidrigkeiten aufweist. Unter diesen Umständen käme es dann darauf an, die mit dem Gesetzeszweck zu vereinbarende Auswirkung solcher Verbotswidrigkeit zu bestimmen. Der BGH meinte im Zementurteil, daß die Kartellpartei wenigstens im Umfang des noch zulässigen Vertragsinhalts an der Einzelabrede festgehalten werden müsse, da dies dem volkswirtschaftlichen Zweck der MRegVO entspreche. Ist schon diese Feststellung in ihrer Dürftigkeit sehr wenig überzeugend, so müssen sich durch den anschließenden Verweis auf die Rechtsprechung zu den Preisregelungsvorschriften die Zweifel an der Richtigkeit des Ergebnisses noch wesentlich steigern. Der BGH verkennt damit doch offensichtlich den verschiedenen rechts- und wirtschaftspolitischen Sinngehalt beider Gesetzesmaterien[29], die sich, eine kompromißlose Durchführung einmal unterstellt, gegenseitig sogar ausschließen. Diese Diskrepanz läßt sich am deutlichsten an einer der Grundentscheidungen zum Preisrecht aufzeigen. Im Kartoffelpreis-Fall des RG[30] klagte der Käufer auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, nachdem der Beklagte vom Vertrag unter Berufung auf dessen Nichtigkeit wegen Überschreitung der Höchstpreisvorschriften zu-

---

27) Zwischenurteil vom 28.2.1957 in WuW/E LG/AG 71.

28) a.a.O., S. 72.

29) Ablehnend insoweit auch Strickrodt, Lieferverträge, S. 88; Flume, a.a.O., S. 46

30) Urteil vom 19.5.1916 RGZ 88; 250.

ckgetreten war. Das Reichsgericht gelangte zu dem Ergebnis, daß der Preisver-
ß nicht zu einer vollkommenen Nichtigkeit des Kaufvertrages führen könne. An-
rnfalls wäre der im Preisgesetz, das keine Rechtsgedanken verwirklichen, son-
rn nur auf wirtschaftliche Zwecke abzielen sollte, angestrebte "positive Erfolg,
ß die verfügbaren Vorräte an Gegenständen des täglichen Bedarfs, besonders an
twendigen Nahrungsmitteln, dem Volke zu Preisen zugeführt werden, welche
e festgesetzte Grenze nicht überschreiten[31]", in Frage gestellt. Dieser justiziable,
sitive Zweck des Gesetzes gibt dem Richter den Maßstab seiner Entscheidung.
gegen läßt sich Vergleichbares aus rein wettbewerbsrechtlichen Vorschriften
cht herauslesen, denn deren Aufgabe läßt sich allein rein negativ darin zusam-
enfassen, daß sich der Wirtschaftsverkehr auf einer Wettbewerbsbasis abwickeln
d diese nicht durch unzulässige Absprachen verfälscht werden soll. Dagegen hie-
es dem Gesetz Gewalt antun, wollte man den Schutz wirtschaftlicher Freiheit
einen Zwang zur Freiheit umgestalten, indem man den einzelnen positiv vor-
hreibt, daß er zu marktkonformen Wettbewerbspreisen liefern müsse. Es gibt
Wettbewerbsrecht keinen zwingend geltenden angemessenen Marktpreis, an den
ch der Richter zur Vertragsgestaltung halten könnte. Die grundsätzliche Verschie-
nheit beider Gesetzesmaterien ist auch in den Untersuchungen des RG, inwieweit
rch sein Urteil ein Kontrahierungszwang geschaffen wird, deutlich. Von seinem
alitativen Abstufungsversuch zwischen Abschluß- und Gestaltungszwang offenbar
lbst nicht überzeugt, sucht das Gericht die Ausschaltung des § 139 BGB letztlich
mit zu rechtfertigen, daß ein auf Zeit begrenztes, wirtschaftliches Notgesetz
ch die wirtschaftliche Freiheit beschränken darf[32]. Daß diese Argumente nicht
eignet sind, eine vergleichbare Vertragsgestaltung nach dem GWB zuzulassen,
s als Grundgesetz der Wirtschaftsfreiheit bezeichnet wird[33], und daher nicht nur
ausschließliches Zweckgesetz und schon gar nicht ein Notgesetz ist, darf hier
ne weitere Begründung als evident betont werden. Diesen Unterschied in den
chtlich verfolgbaren Zielen einer freien Marktwirtschaft zu denen einer lenkungs-
dürftigen Kriegswirschaft verdeutlicht noch das Nante Urteil des BGH[34], das für
n Fall der sittenwidrigen Ausnutzung einer Monopolstellung durch Vereinbarung
es überhöhten Entgelts die Nichtigkeit des ganzen Vertrages annimmt und eine

---

) auf S.251. Auf diesen Versorgungsgesichtspunkt stützt sich auch v. Caemmerer, Preisverstöße und § 817 Satz 2 BGB, SJZ 1950, 646 (647), der auch bei Preisverstößen Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts nur dort vermeiden will, wo Teilnichtigkeit durch eine Bezugsberechtigung des Käufers begründet ist. Solcher Bezugsberechtigung muß aber im Prinzip auf der Verkäuferseite ein Kontrahierungszwang entsprechen, der nicht in eine Wettbewerbswirtschaft paßt.

) auf S. 253.

) Günther, MA 1959, 269 ff.

) Urteil vom 30.5.1958, WuW/E BGH 273.

Wirksamkeit zum angemessenen Entgelt ablehnt[35]. Solange kein gesetzlich begründeter Kontrahierungszwang besteht, hat sich - und dies wird aus der Entscheidung deutlich - der Richter mit einer bloßen Rechtsschutzversagung zu begnügen. Er darf jedenfalls nicht selbst vertragsgestaltend eingreifen.

7. Waldbaur Fall

Seit dem Filmverleih-Urteil sind keine weiteren Entscheidungen zu diesem Fragenkreis bekannt geworden. Lediglich im Waldbaur-Urteil[36] wurde das Problem nochmals beiläufig gestreift. Das Gericht, das die Gültigkeit von Preisbindungsverträgen in der Schokoladenindustrie zu prüfen hatte, stellte dort fest[37]: "Lägen per se verbotene horizontale Absprachen tatsächlich vor, so würde die Nichtigkeit dieser Abreden auch die Rechtsgültigkeit der vertikalen Preisbindungsverträge ergreifen. Denn diese Verträge würden dann nur der Verwirklichung der horizontalen Abreden dienen, also nur ein Mittel zu ihrer Durchsetzung darstellen." Der Frankfurter Kommentar[38] glaubt dieser Äußerung eine repräsentative Bedeutung absprechen zu können, indem er sie allein für die Rechtslage nach den Dekartellisierungsbestimmungen gelten läßt. Dem ist entgegenzuhalten, daß sich das konstruktive Anknüpfungsproblem nach dem GWB gegenüber dem früheren Rechtszustand nicht entscheidend geändert hat. Diese Urteilsstelle wird vielmehr nur bei Beachtung der Besonderheit verständlich, daß das Gericht eine Verkettung horizontaler und vertikaler, also sich im Einzelvertrag selbst auswirkender Beschränkungen zu beurteilen hatte. Dabei ist für die Frage der Wirksamkeit des Einzelvertrages in erster Linie die Gültigkeit der vertikalen Bindung bedeutsam, die dann ihrerseits wieder davon abhängen kann, ob sie nur Glied in einem wettbewerbsbeschränkenden Gesamtschema ist[39].

8. Zivilrechtliche Auswirkungen bei unzulässiger vertikaler Beschränkung und Diskriminierung

Auch die neuere Rechtsprechung aus Parallelgebieten ist für unseren Problem-

---

35) a.a.O., BGH 276 heißt es: "Ebenso fehl geht die Berufung (des Vorderrichters) auf die Preisrechtsprechung...."

36) Urteil vom 10.12.1957, WuW/E BGH 205.

37) a.a.O., BGH 211.

38) Frankfurter Kommentar, § 1 Tz 69 a.E.

39) Diese allgemein gehaltenen Maßstäbe des Dekartellisierungsrechts haben im GWB in § 16 Abs. I ihren Niederschlag gefunden, wo als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Preisbindung bei Markenwaren gefordert wird, daß diese mit gleichartigen Waren in Preiswettbewerb stehen, wodurch sich praktisch eine Koppelung horizontaler und vertikaler Absprachen verbietet.
Mit einer gewissen Akzentverschiebung kann der Waldbaur Fall, soweit er

reis nicht ergiebig. Entscheidungen etwa zu der Frage, ob bei Unzulässigkeit ei-
es Preisbindungsvertrages der Drittkäufer gegenüber dem sich an die Preisbindung
altenden Verkäufer die Nichtigkeit des Kaufvertrages einwenden darf, sind nicht
ekannt geworden.

Die Fälle vertraglicher Diskriminierungen dagegen liegen etwas anders, ist es
ier doch gerade die in dem betreffenden Einzelvertrag vereinbarte unterschiedli-
he Behandlung im Vergleich zu anderen Geschäftsbeziehungen, an die sich der
orwurf unzulässiger Diskriminierung richtet. In diesem Problemkreis entfällt
aher das Anknüpfungsproblem und es muß unmittelbar gefragt werden, ob Nichtig-
eitsfolgen mit dem Sinn und der Eigenart des Diskriminierungsverbotes vereinbar
ein können. Die ganz überwiegende Meinung[40] lehnt dabei heute eine Voll-
ichtigkeit des Einzelvertrages wegen der unabsehbaren Folgen einer solchen Lö-
ung ab, könnte doch in vielen Fällen die Relation zwischen Normalabschluß und
iskriminierung nicht eindeutig festgestellt werden, was dann zu einer Nichtaner-
ennung sämtlicher Verträge führen müßte. Gleichermaßen wird auch eine Auf-
echterhaltung der Einzelverträge unter Ausgleich der Diskriminierung zum zuläs-
gen Preis oder den üblichen Bedingungen verworfen[41], da dies einmal wieder zu
iner ungerechtfertigten richterlichen Gestaltung von Vertragsverhältnissen führen
üßte, zum anderen aber selbst wieder weiterreichende diskriminierende Auswir-
ungen haben könnte. Fälle, in denen die Wirkung des Diskriminierungsverbots als
erbotsvorschrift im Sinne des § 134 BGB auf den Einzelvertrag geprüft wurden,
nd zumindest zu § 26 Abs. II GWB nicht bekanntgeworden. Dagegen hat der BGH
n Saarbergwerke-Fall[42] für das Diskriminierungsverbot des EGKS-Vertrages[43]
ntschieden, daß dieses wesensmäßig die Annahme einer Vertragsnichtigkeit ver-
iete, wodurch allerdings für die gleiche Frage nach GWB nichts entschieden sein
irfte, da der BGH sein Urteil ausdrücklich auf die die Folgen des § 134 verbieten-
e anderweitige Regelung im Montan-Unions Vertrag abstellt[44].

---

sich mit den hier interessierenden Fragen auseinandersetzt, mit dem Supreme Court Urteil im Continental-Fall verglichen werden, wo ebenfalls die Verkettung horizontaler und vertikaler Beschränkungen zur Nichtigerklärung der Einzelverträge führte.

) Benisch im Gemeinschaftskommentar, S. 652; Gentz, Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 und § 9 Kart. VO, WuW 61, 611; a.A. Arnold, Das Verbot der Diskriminierung nach § 26 Abs. II GWB, WuW 60, 623. Vgl. auch Urteil des BGH vom 14.4.59, WuW/E BGH 300, 306, das Wirkungen über § 134 BGB für das Diskriminierungsverbot des MUV grundsätzlich verneint.

) A.A. Gentz, a.a.O., S. 612.

) Urteil vom 14.4.59 in NJW 1959, 1176 (1181), BGHZ 30, 74.

) Ges. vom 29.4.52 BGBl. II, S. 445.

) Vgl. zu diesem Sonderproblem der Diskriminierung in der Montan-Union:

9. Zusammenfassung

Bei oberflächlicher Betrachtung könnte im Bemühen, das Zementurteil und den Ausschnitt aus der Waldbaur-Entscheidung mit der Reihe der eine Einzelvertragsnichtigkeit ablehnenden Entscheidungen (vor allem Werbeunternehmen-, Spediteur- und Filmverleih Fall) in Einklang zu bringen, die Versuchung entstehen, die Frage der Betroffenheit des Einzelvertrages dem Ausmaß und dem Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung entsprechend zu entscheiden. Wenn diese Betrachtungsweise in solcher Verallgemeinerung einer eingehenderen Prüfung auch nicht standhalten kann, so ermöglicht sie wenigstens eine zutreffende, wenn auch negative Aussage: Die bloße Übernahme kartellwidrig vereinbarter Bedingungen in den Einzelvertrag ohne zusätzliche, qualifizierende Merkmale, reicht zur Annahme einer Folge-Nichtigkeit nicht aus. Worin solche zusätzlichen Momente zu sehen sind, wurde von der bisher in der juristischen Konstruktion sehr wenig befriedigenden Rechtsprechung noch nicht herausgearbeitet und muß daher einer näheren Untersuchung vorbehalten bleiben.

§ 3 DER SCHADENSERSATZANSPRUCH DES KUNDEN IN DER RECHTSPRECHUNG

Bei einem Vergleich mit der umfassenden amerikanischen Judikatur mutet die deutsche Rechtsprechung zu Schadensersatzfragen noch sehr bescheiden an. Dies ist vor allem dem Umstand zuzuschreiben, daß sich im deutschen GWB anders als im U.S. Antitrust Recht keine zweifelsfreie Bestimmung für Schadensersatzrechte Drittgeschädigter findet. Die ohnedies spärlichen Entscheidungen gelangten daher nie über die bloße Vorfrage hinaus, ob in unseren Fällen für den Kunden eines Kartellteilnehmers überhaupt ein Ersatzanspruch bestehen kann. Der Systematik des § 35 GWB zufolge, der insoweit der BGB-Regelung in § 823 Abs. II entspricht, war dies also die Frage, ob das Verbot kartellmäßigen Übereinkommens und Verhaltens auch zugleich als Schutzgesetz zugunsten geschädigter Dritter angesehen werden kann. Bei dieser Frage hat sich die sofort wieder

---

Steindorff, Preisdiskriminierung im Recht der EGKS in Rabels Z. 1956, 270 (318). Ballerstedt, Übernationale und nationale Marktordnung (1955), S. 1 39/40. Bayer, Das Privatrecht der Montanunion, Rabels Z. 1952, 325.

undsätzlich werdende Diskussion verfangen, und nur in wenigen Literaturbeiträ-
en sind die weiteren Anspruchsvoraussetzungen und vor allem die wichtigen Fra-
en der Schadensbestimmung gestreift.

1. Wohnraumleuchten Fall

Eine auf unseren Sachverhalt genau zutreffende Entscheidung ist bisher in der
eutschen Rechtsprechung überhaupt nicht auffindbar. Der Problemstellung nahe
ommt eine Entscheidung des LG Düsseldorf[1]. Hier klagten Leuchtenhersteller
egen ihre Konkurrenten, die sich zu einer Gütezeichengemeinschaft zusammen-
eschlossen und weitere Verkaufsabsprachen getroffen hatten, auf Unterlassung des
erabredeten Verhaltens. Das Gericht anerkannte einen solchen Anspruch aus § 35
Verbindung mit § 38 Abs. I Ziff. 1 GWB. Es erkannte also der Ordnungswidrig-
eiten-Vorschrift Schutzgesetzcharakter zugunsten der Mitbewerber zu[2]. Sagt die-
Entscheidung auch über die weitere Frage des Kundenschutzes selbst noch gar
chts aus, so gewinnt sie hier doch in zwei Punkten besondere Bedeutung; einmal
durch, daß sie den in der Literatur vertretenen Thesen vom bloßen Institutions-
hutz im Wettbewerbsrecht eine klare Absage erteilt, zum anderen aber durch das
erständnis für das Zusammenwirken von § 1 und § 38 Abs. I, Satz 1 GWB, eine
twendige Unterscheidung trifft, die bis dahin und auch noch später bei der wenig
giebigen Fragestellung, ob § 1 GWB, ein ausschließlicher Tatbestand der Rechts-
hutzverweigerung, Schutzgesetz sein kann, vielfach nicht erkannt wurde.

2. Die Warenkredit Entscheidung

Gewisse, wenn auch unzureichende Anhaltspunkte für die Entscheidung konnte
s LG Düsseldorf in der Rechtsprechung zu den Dekartellisierungsgesetzen finden.
ie mit § 35 GWB verbundene Schutzgesetzproblematik war dort in gleicher Weise
n Bereich des § 823 Abs. II BGB akut. Zwar kommt einer möglichen Verschie-
ng der Zweckrichtung der Gesetze im Hinblick auf die Bestimmung des Schutz-
setzcharakters einzelner Bestimmungen erhöhte Bedeutung zu, sodaß bei einer
ernahme der damals entwickelten Leitsätze Vorsicht geboten ist; jedenfalls
llen Entscheidungen aus diesem Fragenbereich zunächst einmal referiert werden.

Urteil vom 28.3.1958 in WuW/E LG/AG 94, 98.
a.a.O., LG/AG 98 heißt es:"Nach § 38 Ziff. 1 GWB begeht eine Ordnungswidrigkeit, wer sich vorsätzlich über die Unwirksamkeit eines Vertrages hinwegsetzt, der nach § 1 GWB unwirksam ist. Diese Vorschrift ist ein Schutzgesetz, das den Schutz der Mitbewerber vor wettbewerbsbeschränkenden Absprachen der Konkurrenten bezweckt. Somit ist zum Schadenersatz verpflichtet, wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen § 38 Ziff. 1 GWB verstößt und einem Mitbewer-

So gewann die Frage nach dem Wesen der Dekartellisierungs-Bestimmungen als Schutznormen vor allem in der Warenkredit-Entscheidung des BGH[3] Gewicht, in der das Gericht über die Gültigkeit einer Ausschließlichkeitsvereinbarung zu befinden hatte, gegen deren Vollzug eine Unterlassungsklage anhängig war. Der Senat suchte zunächst eine Abgrenzung zwischen den Rechtsgebieten des unlauteren Wettbewerbs und der Wettbewerbsbeschränkungen. Obwohl er diese im Individualschutz des UWG-Rechtes gegenüber der gesamtwirtschaftlichen Zielsetzung des Kartellrechtes zu finden glaubte, prüfte er dennoch weiter, ob nicht auch im letzteren Fall Einzelschadensersatzansprüche entstehen können. Dies wurde dann für den Fall der Ausschließlichkeitsklauseln anerkannt, da, so argumentierte der Senat, "mit dem Verbot auch zugleich diejenigen Personen geschützt werden, gegen die sich die betreffenden Ausschließlichkeitsklauseln richten." Damit ist für einen weiteren Fall ein Mitbewerber-Ersatzanspruch zugesprochen, der von der allgemeinen Anerkennung individueller Ersatzansprüche abgesehen für unsere weitergehende Frage aber höchstens negativen Effekt haben kann. Die enge, nur auf den besonderen Sachverhalt abgestellte Begründung, die sich darauf stützt, daß gerade bei Ausschließlichkeitsvereinbarungen zwangsläufig einzelne oder bestimmte Gruppen von Wettbewerbern getroffen und geschädigt werden können, läßt eine Übertragung auf den generellen Schutz Drittbeteiligter bei Kartellverstößen nicht zu und zwingt eher zu dem Umkehrschluß, daß in allen Fällen, wo eine solche Einzelgefährdung nicht eine zwangsläufige Folge des Gesetzesverstoßes ist, eine Beurteilung dieser Norm als Schutzvorschrift auszuscheiden hat.

3. Boykott und Diskriminierungsverbote als Schutzvorschriften

In den gleichen Rahmen konkretisierbarer Einzelgefährdung passen die Entscheidungen zu Boykott und Diskriminierungsverstößen, die im Normalfall zur Schädigung ganz bestimmter Personen oder eines bestimmbaren Kreises führen. Hier hat sich entsprechend auch schon eine feste Rechtsprechung zur Anerkennung dieser Verbote als Schutznormen herausgebildet.

Bereits 1947 hatte das LG Monchen-Gladbach[4] das Boykottverbot des Art. V Ziff. 9c 4 der MRVO 78 als Schutzgesetz für § 823_{II} BGB anerkannt, und in einer ebenfalls recht frühen Entscheidung hatte das OLG Düsseldorf[5] keine Bedenken,

---

ber dadurch Schaden zufügt, vgl. § 35 GWB."

3) Urteil vom 16.3.1954 in WuW/E BGH 65, BGHZ 13, 33.

4) Urteil vom 20.11.1947, WuW/E LG/AG 1 (Buchhändlerverband).

5) Urteil vom 18. 4.1950, WuW/E OLG 10 (Boykott von Filmtheatern).

in gleicher Weise zu entscheiden. In den Entscheidungsgründen hieß es dazu: "Dem Gedanken einer demokratischen Wirtschaft entspricht es aber, daß auch der einzelne durch dieses Verbot (Boykott und Diskriminierung) geschützt wird. Deshalb darf angenommen werden, daß die VO mit dem Verbot auch den einzelnen Gewerbetreibenden gegen unzulässige Eingriffe in seine Betätigungsfreiheit habe in Schutz nehmen wollen. Das genügt aber, um das Verbot als ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz im Sinne des § 823 Abs. II BGB anzusehen, mag es darüber hinaus auch auf das Staatsganze gerichtete, insbesondere wirtschaftspolitische Ziele verfolgen[6]". Diese Rechtsprechung ist bis heute für die ähnlich lautenden Bestimmungen des GWB aufrechterhalten[7] und auch in der Literatur durchweg anerkannt[8].

4. Schadensersatzansprüche bei vertikaler Beschränkung

Die oben beschriebene "Warenkredit"-Entscheidung des BGH fand eine mit ihrem engen Wortlaut nur noch schwer zu vereinbarende Interpretation im Urteil des OLG Frankfurt[9] zu Fragen der Absatzbindung eines Herstellungsbetriebes zahnärztlicher Bedarfsgegenstände. Das Gericht glaubte, daß für eine vertikale Absatzbindung, wonach die belieferten Großhändler unter Ausschaltung des Zwischenhändlers unmittelbar an Endabnehmer zu verkaufen verpflichtet waren, nichts anderes als für die Ausschließlichkeitsklauseln gelten könne und daher auch ein solcher Wettbewerbsverstoß als Verletzung eines Schutzgesetzes haftbar mache.

Die engen Voraussetzungen, die im Warenkredit-Urteil bestimmend waren, scheinen damit sehr bedeutsam erweitert. Wenn auch zuzugeben ist, daß die Absatzbindung im besonderen Fall im Effekt auf eine Diskriminierung der klagenden Konsumgenossenschaft hinauslief, so erscheint doch der weitere Schritt, das Verbot vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen als Schutzgesetz zu sehen und dann die Parallele zu horizontalen Beschränkungen zu ziehen, naheliegend. Dies bereits aus einer wesentlich älteren Entscheidung des OLG Düsseldorf[10], das die gesamte VO Nr. 78 als Schutzgesetz bezeichnete, zu folgern erscheint allerdings nicht gerechtfertigt, da sich die Begründung weder um die Darstellung der besonderen

---

6) a.a.O., OLG 11.

7) OLG Düsseldorf Urteil vom 10.3.53, WuW/E OLG 44 (Werbering); BGH Urteil vom 18.11.55, WuW/E BGH 127, 134 (Gesangbuch), BGHZ 19, 72; BGH Urteil vom 25.5.56, WuW/E BGH 154 (Darmimporteure), BGHZ 21,1.

8) Vgl. die Zusammenstellung im Frankfurter Kommentar, Tz 39, 40 zu § 35.

9) Urteil vom 6.10.1955, WuW/E OLG 101 (Zahnärztlicher Bedarf).

10) Urteil vom 9. 2.1954, WuW/E OLG 71 (Arztrechnungen).

wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme, noch um die Abgrenzung des geschützten Personenkreises bemühte[11]. Jedenfalls ist aber nicht zu übersehen, daß gerade dieses Gericht besonders großzügig eingestellt zu sein schien, denn bereits in dem noch früheren Werbeunternehmen-Fall[12] überraschte, daß das Gericht für das Verhältnis zwischen kartellgebundenem Vertragspartner und Dritten die Verletzung eines Schutzgesetzes überhaupt prüfte und dabei wohl in der Formulierung zu weitgehend Verbotsgesetz mit Schutzgesetz im Bereich der MRVO 78 gleichstellte.

5. Die Fortentwicklung der Rechtsprechung seit der Geltung des GWB

Die bereits nach der Entscheidung des OLG Frankfurt zu erwartende Weiterentwicklung erfolgte dann im Körperpflegemittel-Urteil des LG Köln[13]. Die Klägerin hatte einen Anspruch auf Unterlassung von Preisempfehlungen geltend gemacht, den das Gericht u.a. aus § 38 Abs. II S. 2 in Verbindung mit § 823 Abs. II BGB (!) zuerkannte. Dabei vermischte diese Entscheidung die im "Warenkredit"Urteil angestrebte, Abgrenzung zwischen Schutzzweck im UWG und GWB, indem es alle Vorschriften, welche die Beschränkung des freien Wettbewerbes durch Absprachen oder deren Umgehung verhindern sollen, sei es, daß sie bestimmtes Verhalten direkt verbieten, oder ihm nur die Rechtswirksamkeit versagen, als Grundsätze des lauteren Wettbewerbs auslegte und ihnen darum Schutzgesetzcharakter zugunsten der jeweiligen Wettbewerber zuerkannte.

Das auf die Sprungrevision der Beklagten ergangene Urteil des BGH[14] ersetzte dann zunächst einmal als Anspruchsgrundlage § 823 Abs. II BGB durch § 35 GWB; dabei anerkannte es das Verbot nicht angemeldeter vertikaler Preisbindungen von Markenwaren, damit also § 15 GWB, als Schutzgesetz zugunsten der Mitbewerber[15].

Unserer Fragestellung am nächsten kam dann ein weiteres Urteil des LG Düsseldorf[16], das die Problematik der Schutzgesetzeigenschaft für § 1 GWB direkt

---

11) Es heißt dort lediglich unter Berufung auf: Moehring in MDR 49, 411 und Palandt, § 823 Anm. 9 f.: "Diese VO ist zwar als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. II BGB anzusehen, da sie neben dem wirtschaftlichen Ziel der Verhinderung übermäßiger Konzentration der deutschen Wirtschaftskraft die ungestörte Teilnahme des einzelnen am Wettbewerb sicherstellen will."

12) Urteil vom 14.2.1952, BB 1952, 210.

13) Urteil vom 17. 4.1958, WuW/E LG/AG 81

14) Urteil vom 8.10.1958, WuW/E BGH 251 ("4711"). Dazu Besprechungen von Benisch WuW 59, 3; Paul Betrieb 58, 1149 und 1319; Reimann GRUR 58, 1115; Völp WRP 58, 326.

15) a.a.O., BGH 259 unter II 1.

aufgriff. Der Kläger, ein Filmspediteur, glaubte sich durch Empfehlungen eines Filmverleihverbandes, die auf die Beförderung der Filmkopien durch die Deutsche Bundesbahn hinwirken sollten, geschädigt und klagte auf Ersatz und Unterlassung. Die Kammer stellte zunächst fest, daß auch der Ordnungswidrigkeitstatbestand gleichzeitig als Verbot zu verstehen ist, wenn die Empfehlungen eine Umgehung der im Gesetz ausgesprochenen Verbote durch gleichförmiges Verhalten bewirken. Ein solches Verbot entnimmt das Gericht dem § 1 GWB, der zwar nicht schon den Abschluß von Verträgen schlechthin verbietet, aber jedenfalls insoweit als Verbotsnorm zu verstehen ist, als dadurch die Umgehung nicht genehmigungsfähiger Absprachen verhindert werden soll.

Als weitere Frage war dann zu entscheiden, ob § 1, soweit er Verbotsnorm ist, auch Schutzgesetz sein kann. Das Gericht anerkannte, daß dies unter besonderen Voraussetzungen zutreffen kann[17], die es - für den vorliegenden Fall passend - dann gegeben sah, "wenn durch Maßnahmen, die in § 1 GWB mißbilligt werden, andere Wettbewerber durch Ausschluß von einem Markt in ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit beeinträchtigt werden".

In einigen wieteren Entscheidungen des BGH wurden noch Einzelbestimmungen des Gesetzes wie die §§ 26, 27 GWB ausdrücklich als Schutzgesetze anerkannt[18]. Immer noch handelte es sich hier aber ausschließlich um Fälle, in denen sich die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme gegen ganz bestimmte Einzelunternehmen auswirkte, was für die Frage, ob auch ein allgemeines Kartellverbot als Schutzgesetz angesehen werden kann, einen bedeutsamen Unterschied macht. Für diese Sonderfrage bleiben daher als Anhaltspunkte aus der neueren Rechtsprechung nur das BGH Urteil im Fall "Körperpflegemittel", das § 15 GWB als Schutzgesetz anerkennt und damit eine Analogie zu § 1 GWB nahelegt, das Filmtransport Urteil, das für § 1 GWB selbst unter bestimmten Umständen Schutzgesetzeigenschaft annimmt und der Wohnraumleuchtenfall des LG Düsselforf, der im Hinwegsetzen über die Kartellunwirksamkeit den Verstoß gegen ein Schutzgesetz sieht. Im übrigen darf vielleicht mit größter Vorsicht aus dem bisherigen Verlauf der Recht-

---

16) Urteil vom 8.9.1959 in WuW/E LG/AG 146 (Filmtransport).

17) Dabei verwies das LG auf die Begründung zum Regierungsentwurf (Abschnitt C zu § 28).

18) Für § 26 GWB: Urteil vom 10.7.58, WuW/E BGH 347 (Leselampen); Urteil vom 26.10.61 (Kassenstrumpf), NJW 62, 196. Für § 27 GWB: Urteil vom 25.2.59, WuW/E BGH 288 (Großhändlerverband), BGHZ 29, 344. Ferner zu § 26: OLG Düsseldorf Urteil vom 1.8.58, WuW/E 230 (Mühlenkartell); OLG Neustadt Urteil vom 1.4.58, WuW/E OLG 252 (Stromlieferungsvertrag); OLG Celle Urteil vom 1.9.58, WuW/E OLG 254 (Braunkohlen); OLG Hamburg Urteil vom 14.4.60, WuW/E OLG 352 (Schokolade); dasselbe, Urteil vom 19.1.61, WuW/E OLG 378 (Doornkaat); LG Berlin Urteil vom 3.4.59,

sprechung der Schluß gezogen werden, daß in einer fortschreitend großzügigeren Interpretation der Freiheitsverbürgungen des Gesetzes, die Grenzen des unmittelbaren Schutzbereichs sich ausdehnen können und zu guterletzt alle im GWB vorgesehenen Verbote wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen auch als Schutzgesetze zu Gunsten geschädigter Marktteilnehmer verstanden werden müssen.

Dieser Erwartung könnte aus zwei Gründen allzu großer Optimismus vorgeworfen werden. Einmal, weil sie Entscheidungen unberücksichtigt läßt, die in allgemeinerer Form zum Zweck des Gesetzes Stellung nehmen und diesen ausschließlich in allgemeinen wirtschaftspolitischen Gründen zu finden glauben[19]. Dagegen kann an dieser Stelle nur gesagt werden, daß sich Allgemein- und Individualschutz keineswegs notwendig auszuschließen haben. Der zweite kritische Einwand könnte daran ansetzen, daß wir anstelle der in den Entscheidungen allein berücksichtigten Mitbewerber den weiteren Begriff Marktteilnehmer, der auch die Kunden und Lieferanten umfassen soll, gesetzt haben.

Hier ließe sich zur Verteidigung der These anführen, daß aus dem Umstand, daß Kunden, abgesehen vom Filmtransport-Fall, noch nicht mit Schadensersatzansprüchen aufgetreten sind und daher weder abgewiesen noch positiv beschieden werden konnten, zumindest kein vorschneller negativer Schluß gezogen werden darf.

Als Erkenntnis aus diesem Überblick über die Rechtsprechung zum Schadensersatzanspruch nach GWB läßt sich festhalten, daß die Gerichte in der Mehrzahl noch zögern, durch Anerkennung zivilrechtlicher Folgen in Drittbeziehungen dem Kartellverbot eine Außenwirkung zuzuerkennen. Diese Zurückhaltung ist durch die Befürchtung zu erklären, daß unter den weitreichenden Folgen einer entsprechenden Außenwirkung die Rechtssicherheit zu leiden hätte; dazu kommen Zweifel, ob die dann notwendige Beurteilung verwickelter Wirtschaftsvorgänge die Gerichte nicht vor unlösbare Aufgaben stellen würde. Aus den bisher zugänglichen Entscheidungen ergeben sich darüber hinaus keine Hinweise für die erfolgreiche Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches. Sie beschränken sich vielmehr fast ausschließlich auf die Diskussion der Anspruchsgrundlagen. Dabei hat die Grundfrage des "überhaupt" die davon an sich nicht trennbare Frage des "wie" zurückgedrängt. Zudem handelte es sich in den wenigen Fällen, die die erste Hürde überwanden, um Unterlassungsklagen, die keinen Anlaß gaben, zu dem wohl schwierigsten Problem, der Schadensbestimmung, Stellung zu nehmen.

WuW/E LG/AG 116 (Allgemeine Ortskrankenkasse); LG Hannover Urteil vom 7.7.60, WuW/E LG/AG 174 (Mehleinkaufsgemeinschaft).

19) So zum Dekartellierungsrecht: BGH Urteil vom 15.2.55, WuW/E BGH 94 (Rote Herzwandvase), BGHZ 16, 296.

4. Kapitel: ZIVILRECHTSFOLGEN ALS MÖGLICHE UND GEEIGNETE SANKTIONSMITTEL EINER WETTBEWERBSPOLITIK

§ 1 DIE AUSWERTUNG DER AMERIKANISCHEN ERFAHRUNGEN

Der Versuch, aus der Entwicklung des Kartellrechts in Deutschland und insbesondere aus der neueren Rechtsprechung Anhaltspunkte für die Beurteilung und Ausgestaltung von Zivilrechtsfolgen bei Verstößen gegen horizontale Absprachenverbote zu gewinnen, erbrachte nur ein bescheidenes Ergebnis. Die geringe Zahl einschlägiger deutscher Entscheidungen reichte nicht aus, um bereits sichere Entwicklungstendenzen sichtbar werden zu lassen; sie lieferte noch nicht einmal die wichtigsten sachlichen Gesichtspunkte, mit denen eine Stellungnahme für oder gegen eine Förderung zivilrechtlicher Sanktionsmittel zur Disposition von Privatklägern zu begründen wäre.

Das deutsche Zivilrecht und das GWB im besonderen sehen Rechtsbehelfe vor, mit denen dem Bedürfnis nach privater Rechtsverfolgung genügt werden könnte. Jedenfalls müßte die Überzeugung von der Notwendigkeit privater Sanktionsmöglichkeiten zu einer entsprechend großzügigen Auslegung der gesetzlichen Vorschriften für geeignete Rechtsbehelfe führen. Dieses Verhältnis der Zuordnung von Bedürfnis und Auslegung stellt vordringlich die Aufgabe, Gesichtspunkte aufzuspüren und nachzuweisen, die jeweils für oder gegen die erwägenswerten privaten Rechtsbehelfe sprechen. Erst nach der Abwägung widerstreitender Gesichtspunkte sollen dann die gesetzlichen Grundlagen, auf die als nützlich erwiesene Rechtsbehelfe gestützt werden können, im einzelnen untersucht werden. Rechtsdogmatische werden also rechtspolitischen Erwägungen nachgeordnet.

Verbindliche Folgerungen rechtspolitischer Natur lassen sich vor allem im Bereich des Wirtschaftsrechts nur unter der Voraussetzung erarbeiten, daß praktische Erfahrungen eine genügend sichere Beurteilungsbasis vermitteln. Dieser Anforderung kann deutsches Kartellrecht allein nicht genügen. Ein solcher Mangel kann jedoch durch einen Rückgriff auf die sehr viel älteren und darum umfangreicheren und aussagekräftigeren Erfahrungen, die im amerikanischen Antitrustrecht gewonnen wurden, überbrückt werden. Der sorgfältige Vergleich sich entsprechender Sanktionsmöglichkeiten im deutschen und amerikanischen Recht und eine unter Beachtung systembedingter Unterschiede vorsichtige Übertragung antitrustrechtlicher Erkenntnisse auf die deutschen Verhältnisse erlauben es, die Lösung offener und meist heftig umstrittener Fragen, nicht mehr allein von dem Ausgangspunkt weitgehend spekulativer Theorien über Schutzzweck und geschützte Rechtsgüter des GWB aus su-

chen zu müssen, sondern diese empirisch und dadurch sachlich überzeugender herleiten zu können. Auf diese Weise gewinnt die Auswertung der vor allem in der amerikanischen Rechtsprechung vertretenen Argumente für und wider Nichtigkeitseinwand und Schadensersatzklage eine über die bloße vergleichende Berichterstattung hinausreichende Bedeutung. Indem sie rechtspolitisch beachtenswerte Kriterien aufzeigt, kann sie auch zu einem maßgeblich bestimmenden Faktor für den im Geltungsbereich des GWB einzuschlagenden Weg werden.

I. Außerrechtliche Erwägungen in den Vereinigten Staaten

Die im 2. Kapitel dargestellten Fälle aus der amerikanischen Gerichtspraxis, die kommentierende Literatur sowie die erwähnten eingehenden parlamentarischen Untersuchungsberichte legen eine Dreiteilung der im rechtspolitischen Zusammenhang bedeutsamen Fragestellung nahe. Neben der Überlegung, ob dem Nichtigkeitseinwand oder der Schadensersatzklage als wichtigsten Möglichkeiten privaten Rechtsschutzes der Vorrang zu geben ist, finden sich dort zumeist noch vorgelagerte Erwägungen allgemeinerer Art, die sich mit Zweifeln an der Zweckmäßigkeit des Bestehens privater Rechtsbehelfe und der dadurch bedingten Konkurrenz mit den Eingriffsbefugnissen staatlicher Organe befassen. Dieser Unterteilung entsprechend sollen hier die Erkenntnisse aus der Analyse amerikanischer Entscheidungen zusammengefaßt werden:

1. Einfluß und Bedeutung des Privatklägers

Die stetig zunehmende Zahl privater Klagen gegen Antitrustverstöße in den Vereinigten Staaten sagt in zweierlei Hinsicht über deren Bedeutung im Kampf um unverfälschten Wettbewerb aus. Einmal darf der Umstand fortdauernden zahlenmäßigen Anwachsens[1] schon allein als überzeugender Hinweis auf die zumindest von Personen des Privatrechts als wirkungsvoll erkannte Möglichkeit gewertet werden, sich mit aussichtsreichen Gegenmaßnahmen gegen Wettbewerbsverfälschungen zur Wehr zu setzen. Zum anderen ist als noch bedeutsamere Folgerung festzuhalten, daß die sprunghafte Steigerung privater Klagen seit etwa 10 Jahren darauf zurückzuführen ist, daß eine vor allem in Beweisfragen immer großzügige urteilende Rechtsprechung[2] derartigen Klagen bessere Erfolgsaussichten verschaff Dieser Wandel der Rechtsprechung kann nicht als Zufallserscheinung gewertet wer den, sondern war erstens durch das Ziel veranlaßt, Antitrustverstöße in größtmöglichem Umfang zu bekämpfen, und zweitens durch die Erkenntnis bedingt, daß

---

1) Vgl. dazu die Angaben im 2. Kap. § 3 I 1.

2) Die Entwicklung wird deutlich aus den im 2. Kap. § 4 V 2 a-h beschriebenen Fälle

ie auf Einzelinitiative beruhenden Rechtsbehelfe hierzu einen bedeutsamen Beirag leisten konnten. Es darf an dieser Stelle auf die Wiedergabe der Erhebungen ber die Bedeutung privater Sanktionen neben staatlicher Antitrustverfolgung im . Kapitel, § 4, VIII verwiesen werden. Die Schätzungen der von Staats wegen it der Behandlung von Antitrustverstößen befaßten Regierungsbeamten über die elativ unerwartet große Bedeutung privater gegenüber staatlicher Rechtsverfolgung assen auch unter Berücksichtigung einzuberechnender Übertreibungen keinen Zweiel daran, daß dem Privatkläger eine unverzichtbare Rolle im Kampf um die chaffung und Erhaltung eines freien Wettbewerbssystems zugewiesen ist. Diese ufgabe läßt sich in zwei Sparten unterteilen:

) Der in den täglichen Wirtschaftsablauf verwickelte Privatkläger soll vermöge einer dabei gewonnenen Erfahrungen Verstöße gegen wettbewerbskonformes Veralten aufspüren und sich mit den verfügbaren Mitteln privaten Rechtsschutzes dagegen zur Wehr setzen. Diese Aufgabe gewinnt vor allem auch deshalb an Bedeung, weil sie sich in Fällen bewähren kann, die sich bei Abwägung der berührten ffentlichen Interessen staatlichem Einschreiten oft entziehen würden.

) Daneben, und diese Funktion hat sich in der Praxis als die bedeutsamere erwieen, soll der Privatkläger als Vollstreckungsorgan der von Staats wegen erlangten erurteilung wettbewerbswidrigen Verhaltens eingesetzt werden. Die den zivilder strafrechtlichen Klagen staatlicher Verfolgungsbehörden stattgebenden Urteile ösen in vielen Fällen eine Kettenreaktion privater Ersatzklagen aus, die von den nterlegenen Unternehmen häufig mehr gefürchtet ist, als das Unterliegen in dem om Staat anhängig gemachten Verfahren. Diese wichtige Folge ist entscheidend urch die in Sec. 5 Clayton Act bestimmte Beweisbegünstigung der im Streitverfahen selbst unbeteiligten Privatkläger bedingt[3]; sie auch in Zukunft nicht zu verlieen, ist ein Ziel amerikanischer Antitrustpolitik, das sich in den Versuchen, die lucht zum consent decree zu unterbinden, oder auch für diese Prozeßvergleiche ie entsprechende Wirkung einer Beweiserstreckung zu schaffen[4], deutlich offenart.

2. Der Nichtigkeitseinwand als Mittel privaten Rechtsschutzes

Bei diesem Bestreben, den Privatkläger in die Politik verstärkter Abwehr gegen ettbewerbsverfälschungen einzuschalten, spielte die Möglichkeit, den Nichtigkeitsnwand zu fördern, eine nur recht untergeordnete Rolle. Dies ist wohl weniger da-

---

Dazu die Einzelheiten oben 2. Kap. § 3 I 2.

Vgl. 2. Kap. § 4 VII 1.

mit erklärbar, daß der Nichtigkeitseinwand eben nur auf die beschränkte Zahl von Fällen paßte, in denen die benachteiligte Partei ihrerseits die Leistung noch nicht erbracht hatte. Der Hauptgrund scheint vielmehr darin gelegen zu haben, daß eine derartig grob schematisierende Rechtsfolge sich gegenüber einer Reihe entgegenstehender Bedenken nicht zu behaupten vermochte. Von den als nachteilig empfundenen Folgen dieses im Common Law besonders naheliegend erscheinenden Rechtsbehelfs lassen sich als die wichtigsten anführen[5].

a) Vom Standpunkt öffentlicher Interessenwahrung erschien es untragbar, sich damit abzufinden, daß schon allein die Teilnahme an einer unerlaubten Absprache den weitgehenden Ausschluß vom Markt, der sich als praktische Folge undurchsetzbarer Gegenleistungsforderungen einstellen würde, unabhängig von Schwere und Ausmaß des Verstoßes bewirken sollte. Weitere Belange der Allgemeinheit waren dadurch gefährdet, daß Verkehrs- und Rechtssicherheit durch die jeweils vom Vertragspartner drohende Leistungsverweigerung unter Berufung auf vorausgehende Antitrustverletzung in starke Mitleidenschaft gezogen wären; vor allem schreckte die Gefahr, daß jede einfache Kaufpreisklage durch die Erhebung des Nichtigkeitseinwandes zu einem Monstreverfahren ausarten konnte, in dem die Anforderungen zum Nachweis einer Antitrustverletzung in keinem Verhältnis zum unmittelbaren Streitgegenstand stehen würden. Schließlich drohte durch Zulassung dieses Einwandes auch eine unerträgliche Kompetenzaufspaltung, wonach in vielen Fällen die für Vertragsklagen zuständigen Einzelstaatsgerichte zu Inzidentfeststellungen über vorliegende Wettbewerbsverstöße nach Bundesrecht berufen gewesen wären; bei derartiger Doppelzuständigkeit von Einzelstaats- und Bundesgerichten wären im Einzelfall sich widersprechende und damit jeder Rechtssicherheit abträgliche Urteile nicht zu vermeiden gewesen.

b) Neben diesen im öffentlichen Interesse begründeten Erwägungen, ergaben sich zusätzliche Bedenken gegen den Nichtigkeitseinwand aus dem Bemühen, einen dem Einzelfall möglichst gerecht werdenden Ausgleich zu gewährleisten. Diesem Ziel vermochte die "alles oder nichts" Lösung, die durch den Nichtigkeitseinwand vorgezeichnet war, in keiner Weise zu entsprechen; die von Justice Holm als besonders ungerecht gebrandmarkte Folge, daß der Käufer sonst die Ware ohne Leistung jeden Gegenwertes behalten dürfe, ist darum als bestimmender Faktor für die Unterbindung des Nichtigkeitseinwandes zu bewerten. Die sich als gerechter anbietende Lösung, den Nichtigkeitseinwand auf die spezifisch absprachebedingten Folgen des Einzelvertrages zu beschränken, war mit der unenforceability-Doktrin des Common Law Vertragsrechtes nicht zu erreichen und erschien den pragmatisch orientierten Richtern als von vornherein undurchführbar.

---

5) Vgl. zum folgenden mit weiteren Einzelheiten 2. Kap. § 3 V.

3. Die Ersatzklage als Mittel privaten Rechtsschutzes

Nach dieser Absage an den Nichtigkeitseinwand vollzog sich die Förderung privater Antitrustverfolgung fast ausschließlich auf dem Sektor der Ersatzklagen[6]. Dogmatische Schwierigkeiten waren hier nicht zu überwinden, da der dreifache Ersatzanspruch ohne weitere Einschränkungen jedermann gesetzlich zuerkannt war, der als Folge antitrustwidrigen Verhaltens seiner Marktpartner Schaden erlitten hatte. Die Tendenz, private Schutzmaßnahmen anzuregen, fand hier ihren geeigneten Ansatzpunkt und führte den Ersatzanspruch zu seiner heute aus dem Sanktionssystem gegen wettbewerbswidriges Verhalten nicht mehr wegzudenkenden Stellung. Dieser in verhältnismäßig kurzer Zeit von kaum mehr als 10 Jahren vollzogene Aufschwung war wesentlich durch den Doppelcharakter des Anspruchs bedingt. Auf der einen Seite ist dieser geeignet, vollen Ausgleich für erlittene Schädigung zu gewähren und zusätzlich durch die Verdreifachung der einklagbaren Ersatzleistung die schwerwiegende Belastung des Klägers mit Kosten und Prozeßrisiko in ein angemessenes Verhältnis zu der in Aussicht genommenen Klageforderung zu bringen.

Andererseits aber bewirkt die in der Verdreifachung der Ersatzverpflichtung mit inbegriffene Straffunktion einen abschreckenden Effekt, der sich bei den meist ohnedies hohen Ersatzforderungen in der Vervielfachung potenziert.

Diesen beiden Aufgaben des Ersatzanspruches entspricht auch seine Bewertung als einerseits wieder passende Sanktionsform zur Herbeiführung eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen den streitbeteiligten Parteien und andererseits als bedeutsamer Beitrag zur Wahrnehmung öffentlicher Belange. Die letzterwähnte Aufgabe ist, wie sich gezeigt hat, zur übergeordneten geworden und es darf darum nicht verwundern, wenn auch in privaten Schadensersatzklagen als Klagevoraussetzung jeweils der Nachweis von public injury zu erbringen ist[7]. Unvollkommenheiten auch dieser Sanktionsform, die vor allem auf die schwierige Beweissituation zurückzuführen sind, sind hier, wo sich Kompensation und Strafe ohne mögliche Unterteilung und Aufspaltung treffen, erträglich und in einem auf Erhaltung freien Wettbewerbs bedachten Wirtschaftssystem jedenfalls ungleich weniger bedenklich, als ein jegliche Sonderumstände des Einzelfalls vernachlässigender, pauschalierender Nichtigkeitseinwand.

---

6) Wir haben oben 2. Kap. II bereits darauf hingewiesen, daß diese einseitige Konzentrierung auf die Ersatzklagen auch darin ihren Ausdruck gefunden hat, daß unter "private antitrust enforcement" fast durchweg die Geltendmachung der "treble damage action" verstanden wird.

7) Dabei ist auf die zum Fall Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc. 359 U.S. 207 (1959) gegebenen Erläuterungen (oben 2. Kap. § 4 II 2) zu verweisen.

II. Die Übertragung amerikanischer Erfahrungen auf deutsche Verhältnisse

1. Die zum Vergleich berechtigenden Übereinstimmungen

Die nutzbringende Verwertung dieser Erfahrungen als rechtspolitische Maßstäbe für die Ausgestaltung der durch Verletzung von Vorschriften des GWB bedingten Zivilrechtsfolgen hat zur unabdingbaren Voraussetzung, daß zunächst einmal Wirtschaftsstruktur und Wettbewerbsordnung im besonderen in beiden Ländern in ihren wesentlichen Prinzipien übereinstimmen. Ohne daß dies an dieser Stelle im einzelnen nachgewiesen werden kann, soll insoweit die Vergleichbarkeit beider an marktwirtschaftlichen Ordnungsvorstellungen ausgerichteter Wirtschaftsverfassungen angenommen werden [8].

Eine vergleichende Auswertung amerikanischer Erfahrungen wird ferner dadurch begünstigt, daß mögliche Sanktionsfolgen für Verstöße gegen Wettbewerbsvorschriften nach den Antitrustgesetzen im deutschen GWB weithin ihre Entsprechung finden. Die vielfältigen Mittel und Wege, die die Antitrustgesetze zur Durchsetzung ihrer Ziele zur Verfügung halten, sind bereits in der Einleitung zum 2. Kapitel in zusammenhängender Übersicht dargestellt. Mit Ausnahme der dort als Zivilklagen im Equity-Verfahren der Antitrust-Abteilung des Justizministeriums anheimgegebenen Möglichkeiten finden die anderen Rechtsbehelfe eine vergleichbare Grundlage im deutschen Recht. So kann der Tätigkeit der Federal Trade Commission im Prinzip und ohne Anspruch auf Übereinstimmung in Einzelfragen die des Bundeskartellamtes gegenübergestellt werden. Den in den Vereinigten Staaten von Regierungsseite angestrebten Strafprozessen entsprechen Ordnungswidrigkeitenverfahren, und auch für private Ersatzklagen findet sich in § 35 GWB die vergleichbare Anspruchsnorm. Daß sich für beide Gesetze Unterschiede nach der materiellen Seite der verbotenen Tatbestände ergeben, ändert an der Berechtigung, von einer grundsätzlichen Übereinstimmung wenigstens der Sanktionsmittel zu sprechen, nichts und kann jedenfalls solange ganz außer Acht gelassen werden, als nur die Folgen verbotswidriger Kartellbildung, die sowohl nach Sec. 1 Sherman Act als auch nach § 1 GWB unwirksam ist, Gegenstand der Untersuchung sind.

2. Berücksichtigung bestehender Unterschiede

Der auffälligste und wohl bedeutsamste Unterschied für die hier maßgebliche

---

8) Vgl. dazu u.a. Nipperdey, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechtes, DRZ 1950, 193; Ballerstedt, Übernationale und nationale Marktordnung, 1955; Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950; Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, 1961.

ragenstellung findet sich darin, daß das GWB als privaten Ersatzanspruch nicht ein Mehrfaches des erlittenen Schadens vorsieht, sondern sich allein auf die Ausgleichsunktion des Schadensersatzanspruches beschränkt. Mit dem Verzicht auf die Strafirkung der Privatklage[9] tritt gleichzeitig der Gesichtspunkt öffentlicher Interesenwahrung durch private Ersatzklagen zurück. Das Schwergewicht der Klage verägert sich wieder in den Bereich zivilrechtlicher Kompensation, was die Bedeutung er Privatklage in verschiedener Hinsicht mindern kann. Ohne den Anreiz des in er Vervielfachung des Schadensbetrages enthaltenen Sühnegeldes wird die Bereitchaft des privaten Klägers, das Prozeßrisiko, das bei der geringeren Kostenbelatung im deutschen Zivilprozeß allerdings niedriger anzusetzen ist, zu übernehmen nd sich dadurch zusätzlich wirtschaftlicher Vergeltung auszusetzen, nur sehr viel eringer sein. Dazu kommt, daß sich mit einer durch den reinen Ausgleichszweck edingten höheren Beweisforderung die Erfolgsaussichten der Klage verringern könen. Gerade im Zusammenhang mit der für die Praxis wichtigen Frage der Beweisrbringung ergibt sich noch dadurch eine weitere bedeutsame Abweichung, daß das eutsche Recht keine der in Sec. 5 Clayton Act vorgesehenen Beweiserstreckung verleichbare Regel kennt. Ergeben sich somit unter diesen Gesichtspunkten etwas enere Schranken für die private Schadensersatzklage, so läßt umgekehrt das insgeamt weniger anspruchsvolle deutsche Beweisrecht und vor allem die Möglichkeit er Schadensschätzung unter den Voraussetzungen des § 287 ZPO die Erfolgsaussichen in einem günstigeren Licht erscheinen.

Auch einige Erwägungen, die gegen die Zulassung des Nichtigkeitseinwandes ngeführt wurden, können nicht unbesehen übernommen werden. Die krasse Ungechtigkeit völliger Rechtshilfeversagung auch für teilweise bereits vollzogene Transktionen könnte in Deutschland durch die weiterreichende Möglichkeit der Teilichtigkeit und den jedenfalls bestehenden Anspruch auf Bereicherungsausgleich ermieden werden. Dagegen können die vordringlich unter dem Blickwinkel öffentcher Belange angestellten Erwägungen wie "Marktausschluß" [10], "Rechts- und

---

) Das GWB scheint um eine klare Trennung von Straf- und Ausgleichsfunktion bemüht. Die der treble damage action vergleichbare Vervielfachung findet sich bei der Ordnungswidrigkeitenbestimmung § 38 Abs. III GWB. Da es sich dort ausschließlich um eine Buße handelt, ist auch die unterschiedliche Bemessung erklärlich, wonach nicht der erlittene Schaden des Dritten, sondern der erzielte Mehrerlös des Täters verdreifacht werden kann.

0) Mit einem Ausdruck Strickrodts, Lieferverträge, S. 87, wäre damit im Umkreis von Kartellfirmen tabula rasa gemacht.

Verkehrssicherheit" [11] und "Kompetenzkonflikte"[12] auch im deutschen Recht Anspruch auf Berücksichtigung gegen den Nichtigkeitseinwand erheben.

3. Ergebnis ausschließlich rechtspolitischer Betrachtung

Stellen wir nun maßgeblich auf die in den Vereinigten Staaten gewonnenen Erfahrungen und die dazu angestellten Überlegungen ab, so ergibt sich unter Berücksichtigung der angedeuteten Unterschiede als Ergebnis ausschließlich rechtspolitischer Wertung für die Lösung im deutschen Recht.

a) Der Nichtigkeitseinwand gegenüber Forderungen aus einem kartellentsprechenden Einzelvertrag kommt nur dort in Betracht, wo sich die Nichtigkeitsgründe aus den Umständen der Einzelvertragsgestaltung selbst herleiten lassen. Dagegen kann die bloße Zugehörigkeit eines Vertragspartners zu einem gesetzwidrigen Kartell nicht als notwendige Folge auch die Unwirksamkeit jedes Einzelvertrages bedinge

Dabei kann dieses Ergebnis nicht davon abhängig sein, ob die Verträge schon teilweise erfüllt sind oder der Nichtigkeitseinwand bereits vor der ersten Erfüllungshandlung[13] erhoben wird. Zwar nimmt ein in Deutschland verschieden gestaltetes Bereicherungsrecht dem amerikanischen Grundsatz: keine Leistungsverschiebung

---

11) Diese finden Berücksichtigung bei Ballerstedt, S.268, Fikentscher, S.794. Über die Rangordnung von Zweckmäßigkeits- und Rechtssicherheitserwägungen soll dabei nicht geurteilt werden. Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 130 (132) stellt jedenfalls klar, daß die von ihm als "technische Richtigkeitsgedanken" bezeichneten Erwägungen die sachlichen Zweckmäßigkeitsentscheidungen durchkreuzen können. Ähnliche Schwierigkeiten weitreichender Massennichtigkeit ergeben sich im Zusammenhang mit §§ 19, 34 GWB. Auch dort verlangt die Rechtssicherheit die Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen. Vgl. Schwartz WuW 61, 838; Dörinkel DB 61, 255.

12) § 96 Abs. II GWB; vgl. zu den verfahrensrechtlichen Fragen Baur, Einige Bemerkungen zum gerichtlichen Verfahren in Kartellsachen, ZZP 72, 3.

13) Obwohl in der Praxis nicht sehr häufig, sind auch hier eine Reihe praktischer Fälle denkbar: so wenn einer der Vertragspartner sich seiner Leistungspflicht entziehen will, sei es, daß er nun bessere Angebote hat oder er selbst Leistungsstörungen vermeiden will, ferner in Fällen, in denen ein Vertragspartner auf Feststellung der Vertragsbindung klagt (vgl. das oben besprochene Urteil Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co. 365 U.S. 320 (1961) oder bei Geltendmachung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung (vgl. Small v. Lamborn & Co. 267 U.S. 248 (1925).

ohne Gegenopfer[14], die überzeugende Wirkung[15]. Dafür rücken dann aber auch in diesem Fall die Gründe nach, die in den noch ohne Leistungs austausch gebliebenen Fällen der Geltendmachung der Vertragsnichtigkeit entgegenstanden.

Dazu tritt nun als zusätzliches Argument, daß mit der Anerkennung der Nichtigkeitsfolge für den zu schützenden Marktpartner auch nichts erreicht werden könnte. Er selbst würde auf diese Weise neben seiner Zahlungsverpflichtung auch seinen Leistungsanspruch verlieren, womit er häufig, ohne daß er sich auf einen Kontrahierungszwang zu seinen Gunsten berufen könnte[16], eine noch schwerer wiegende

---

14) Vgl. dazu 2. Kap. § 3 II 4 und Fußnoten 18, 26 und 39.

15) § 817 S. 2 BGB setzt hier eine sehr viel weitere Grenze, als sie durch die kategorische Rechtsschutzverweigerungsdoktrin nach amerikanischem Recht möglich ist. Sie schließt jedenfalls die Rückforderung des in Erfüllung eines wettbewerbswidrig vereinbarten Vertrages Geleisteten nicht generell aus. Die entgegenstehende Ansicht, die von Benisch, Gemeinschaftskommentar, S. 653, und im Frankfurter Kommentar Tz III zu § 35 vertreten wird, überzeugt nicht. Nur wenn gerade die Leistung selbst mißbilligt ist, bleibt die Leistungskondition ausgeschlossen (Esser § 194, 4, S. 802). Dies wird man jedoch für die Erfüllung eines unter wettbewerbsfremden Bedingungen geschlossenen Vertrages nicht schon annehmen können. Das vom GWB mißbilligte Verhalten ist ausschließlich im kartellbestimmten Einzelvertragsschluß zu sehen, dessen gegenseitige Erfüllung aber weder einen neuen noch einen fortdauernden Rechtsverstoß bedeutet. Darüber täuscht auch der unglückliche Versuch, eine Parallele zur Rechtsprechung für die Frage der Rückforderung bei Preisverstößen zu ziehen (insbesondere OGH Br. Z. 4, 57 und BGHZ 8, 348/369) nicht hinweg; gerade in diesen Fällen begründet ja auch die Leistung des Überpreises einen selbständigen Verstoß.

16) Gegen den Kontrahierungszwang Fikentscher, Drittverträge, S. 798; da ein Kontrahierungszwang nur in Monopolausnützungsfällen gegeben ist, ließe sich daher rückschließen, daß in den Fällen, in denen das Kartell Monopolmacht hat und ausnützt, möglicherweise anderes gelten muß. Dies geht jedoch über unser spezifisches Problem hinaus und wäre dann mit den in der Rechtsprechung zu §§ 138, 826 BGB entwickelten Grundsätzen zu lösen. Vgl. hierzu Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme (1954). Dagegen geht der a maiore ad minus Schluß Flume's (S. 463) fehl, wonach deswegen, weil in den Fällen nach § 22 BWB der Kartellbehörde keine Befugnis zur Preisregulierung zusteht, auch in den bloßen Kartellfällen jede obrigkeitliche Preisfixierung ausgeschlossen sein soll; Kartellbehörde und Obrigkeit, die auch die Gerichte einschließt, sind doch keine vergleichbaren Institutionen.

Einbuße hinzunehmen hätte[17]. Runden wir schließlich die Betrachtung noch mit dem Fall ab, daß beide Parteien bereits ihre vereinbarten Leistungen erbracht haben, so kann auch hier eine nachträgliche Geltendmachung der Nichtigkeit kein erstrebenswerter Rechtsbehelf sein. Im amerikanischen Recht ist kein Fall dieser Art bekannt geworden und könnte nach dem Grundsatz der Rechtsschutzverweigerung auch niemals zu der allein erstrebenswerten Rückabwicklung führen. Nach deutschen Grundsätzen des Bereicherungsrechts wäre eine solche Rückabwicklung zwar nicht ausgeschlossen, hätte sich aber im Normalfall nach den Regeln der Saldotheorie[18] zu vollziehen, die unlösbare Schwierigkeiten bei der gegenseitigen Verrechnung mit sich bringen würde, die noch anschließend als Gründe gegen die Anerkennung einer bloßen Teilnichtigkeit anzudeuten sind.

b) Nach Ablehnung des Nichtigkeitseinwandes läßt sich auch eine nach deutschem Recht naheliegende Berufung auf eine nur teilweise Nichtigkeit des Einzelvertrages - soweit dieser eben durch Kartelleinfluß verfälscht ist - nicht überzeugend rechtfertigen. Auch diese Lösung würde wieder zum Konflikt mit dem Prinzip der Kontrahierungsfreiheit führen und muß außerdem sowohl wegen systemwidriger Folgen für die Wettbewerbsordnung als auch wegen praktischer Undurchführbarkeit außer Betracht bleiben. Beiden Schranken kommt gerade im Wirtschaftsrecht erhöhte Bedeutung zu[19]. Was die Praktikabilität anbetrifft, so scheint es, wie insbesondere wieder amerikanische Fälle erwiesen haben, an Anhaltspunkten und Maßstäben zu fehlen, die den zur Entscheidung berufenen Richter in den Stand versetzen könnten, gerade die Bestimmungen herauszulösen, die nur deswegen Vertragsinhalt werden konnten, weil ein Vertragspartner unter der Rückendeckung der hinter ihm stehenden Kartellmacht handelte[20]. Fehlt es aber an genügend

---

17) Das entsprechende Argument war bereits von Nipperdey, Reform des Kartellrechts, 1929, S. 53, gegen die praktische Bedeutung des Rücktrittrechtes gem. § 10 Kart. VO in die Diskussion gebracht worden.

18) Dazu: v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Rabel I (1954), 333/386; Flume, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für Niedermeyer (1953) 103; allgemein Larenz, Schuldrecht, 4. A. II 338 ff.

19) Zur Bedeutung von Praktikabilitätsgesichtspunkten Steindorff, Zweckmäßigkeit, S. 35-47.

20) Auch die deutsche Literatur anerkennt durchweg die Übermäßigkeit einer solchen Anforderung. Flume, Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag WuW 56, S. 461; Fikentscher, Drittverträge, S. 796; Ballerstedt, JZ 56, 268, S. 271; Benisch im Gemeinschaftskommentar, S. 650. Die Schwierigkeit der Anwendung des § 139 BGB im Kartellrecht wird ferner deutlich in der Entscheidung BGHZ 17, 41, wo der BGH noch unter der Herrschaft des Dekartellierungsrechts für einen Patentlizenzvertrag die Anwendbarkeit dieser Vor-

sicheren Beurteilungskriterien, so wäre jede dennoch erfolgte Teilnichtigkeitsbestimmung mit den Prinzipien der im GWB verfolgten Wettbewerbsordnung nicht mehr zu vereinbaren und als systemwidrig zu verwerfen. Der Richter würde hier zu einer marktwirtschaftlichen Schiedsfunktion mißbraucht[21] und dabei die Gegensätzlichkeit zwischen Preis- und Wettbewerbspolitik unzulässig verwischen[22]. Der von ihm festzulegende angemessene Marktpreis ist - solange wir Markt als Wettbewerbsmarkt verstehen - ein Widerspruch in sich[23].

Unter besonderen Umständen sind aber immerhin Fälle denkbar, in denen sich, wie z.B. bei neugebildeten Kartellen, möglicherweise mit zunächst nur lokal begrenztem Markteinfluß, ein Unterschied zwischen Vertragspreis und dem Preis, der ohne die Kartellabsprache mit Sicherheit zu erwarten gewesen wäre, eindeutig bestimmen läßt. Aber auch solche Fälle sollten über die Teilnichtigkeitssanktion keine Sonderregelung erfahren, da die Vertragskorrektur auf den hypothetisch als fortbestehend fingierten Preis gleich wieder Symptome einer Preisfestsetzung aufweist. Die Voraussicht, wie dann ein solches Präjudiz in Verbindung mit dem übersteigerten Gleichbehandlungsgrundsatz für die Ziele freier Marktregulierung nachteilige Folgen verursachen kann, muß von einem Versuch abschrecken. Letztere Argumente stehen auch einer fortschrittsgläubigen Ansicht entgegen, die darauf vertraut, wenigstens die praktischen Schwierigkeiten mit den modernen Mitteln der Elektronik überwinden zu können.

2) Ebenso wie die amerikanischen Erfahrungen zur Begründung der Ablehnung jeder Nichtigkeitssanktion gedient haben, können sie nun umgekehrt auch dort berücksichtigt werden, wo es gilt, Zweifel an der Gewährung eines Ersatzanspruches zu überwinden.

---

schrift überhaupt abgelehnt hat und stattdessen auf wirtschaftliche Zumutbarkeit abgestellt hat.

1) Ballerstedt, a.a.O., S.271, meint, der Richter sei gebunden, den "Gleichgewichtspreis" zu finden.
Flume, Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag WuW 56,461 betont, daß es nicht Aufgabe des Richters sein könne, einen Marktpreis als ein Gesamtphänomen zu konstituieren. Strickrodt, a.a.O., S.90, wendet sich gegen den interventionistischen Charakter einer solchen Antikartellmaßnahme und warnt davor, auf diese Weise dem Kartellgesetz polizeistaatliche Züge zu verleihen.

2) Strickrodt, Liefer- und Leistungsverträge, S.91; Mestmäcker, Ordo IX, 99 (102) ist insofern ungenau, wenn er von einem Anspruch auf wettbewerbsgerechte Preise spricht; vgl. auch Steindorff, Schadensberechnung, S.466, Anm.121.

3) Flume, S.463, bezeichnet die Terminologie des BGH im Zementurteil, der von einem nach den Grundsätzen einer freien Marktwirtschaft angemessenen Marktpreis spricht, als einen Widerspruch in sich. Zum Verhältnis angemessener Preis-

Wir haben bereits darauf hingewiesen, daß der Wegfall des Dreifach-Anspru-
ches und der Beweiserstreckung die praktische Bedeutung der Schadensersatzklag
im Vergleich zu den amerikanischen Verhältnissen wesentlich mindern kann. Um
hier jedoch ein durch einen unvollständigen Vergleich bedingtes schiefes Bild zu
vermeiden, darf nicht unterschlagen werden, daß auch die staatliche Verfolgung
von Wettbewerbsverstößen in der Bundesrepublik an Umfang und Schlagkraft noc
weit hinter der in den Vereinigten Staaten fortdauernden "trust busting activity"
zurücksteht. Fassen wir diese doppelten Beschränkungen ins Auge, so läßt sich
doch ein Verhältnis zwischen beiden Maßnahmen zur Durchsetzung deutscher We
bewerbspolitik erwarten, in der die private Schadensersatzklage als bedeutsames
Sanktionsmittel neben den von amtlicher Seite eingeleiteten Verfahren steht.
Es wird gleichfalls zu berücksichtigen sein, daß auch im Geltungsbereich des GW
das Bedürfnis nach individueller Aktivität privater Kläger besteht[24], die sich,
nachdem sich der Nichtigkeitseinwand aus überwiegenden, entgegenstehenden
Gründen als nicht zweckdienlich erwiesen hat, nur noch im Wege der Schadens-
ersatzklage und der ihr zugeordneten negatorischen Klagen entfalten kann.

Diese Schlußfolgerung, die durch die amerikanische Entwicklung nahegelegt
ist, könnte nur dann nicht überzeugen, wenn dem Schadensersatzanspruch die
gleichen Bedenken entgegengehalten werden könnten, die unter Berücksichtigung
der vom amerikanischen Recht verschiedenen deutschen Rechtslage zuletzt doch
zu einer Ablehnung des Nichtigkeits- und insbesondere des Teilnichtigkeitsein-
wandes geführt haben[25]; diese spitzten sich letztlich in Systemüberlegungen
und Praktikabilitätsfragen zu. Die Entscheidung dieser Frage hängt maßgeblich
davon ab, ob es gelingt, für die Bemessung des ersatzpflichtigen Schadens Maß-
stäbe zu finden, die nicht unerreichbare Anforderungen stellen und gleichzeitig

---

Marktpreis (entspricht: equating price - equilibrium) vgl. Chamberlin, The Theory of Monopolistic Competition, 1956, S. 11.

24) Es steht außer Zweifel, daß eine Wettbewerbsordnung nicht einfach kraft Ge
setzes aufgezwungen und vollzogen werden kann, sondern einer Reihe von so
zialen, politischen und ideologischen Voraussetzungen unterliegt. Außer ein
entsprechenden Wirtschaftsverfassung, freien Zugangsrechten zum Markt und
einer bestehenden großen Zahl von Anbietern und Nachfragern gehören dazu
vor allem die Anerkennung individueller Freiheitsrechte und eine dieser Rec
bewußte freiheitliche Wirtschaftsgesinnung. Im gleichen Sinne argumentier
Günther, WuW 1957, 677 und BB 1957, 721. Auch Böhm, Ordo III, XXXV u
terstreicht diese Voraussetzungen nachdrücklich.

25) So sehen einige Autoren zwischen beiden Rechtsbehelfen keinen beachtliche
Unterschied und glauben daher, eine abweichende Beurteilung nicht vertret
zu können: Strickrodt, Liefer- und Leistungsverträge, S. 90; Ballerstedt, Kart
verbot, S. 270; Flume, a. a. O., S. 461.

der Gefahr vorbeugen, einer künstlichen Preis- mehr als einer autonomen Wettbewerbspolitik Vorschub zu leisten. Alle berechtigten Angriffe gegen eine richterliche Preisbestimmung[26] wären dann vermieden, wenn es gelänge, statt des hypothetischen Marktpreises eine Bemessungsgrundlage zu finden, die nur auf die konkreten Einzelbeziehungen zwischen den Marktpartnern abstellt und damit jedes systemwidrige Präjudiz[27] anstelle eines nicht existenten Marktpreises ausschließt. Während bei der Geltendmachung des Nichtigkeitseinwandes das Gericht in erster Linie zu prüfen hat, welchen Preis der Verkäufer ohne Kartellrückhalt gefordert hätte, kommt es bei der Schadensberechnung allein darauf an, welchen Schaden der Käufer infolge des Kartellverhaltens erlitten hat; nur im letzteren Fall ist daher der notwendige Bezug auf einen Preis als wettbewerbsinkonforme Hypothese vermieden[28]. Die praktischen Möglichkeiten, wie ein solcher Schadensnachweis geführt werden kann, sollen erst in einem späteren Abschnitt über die Schadensberechnung[29] untersucht werden. In diesem Zusammenhang genügt auch hier wieder der Hinweis auf die erfolgreichen amerikanischen Bemühungen, den Schaden des Klägers mit genügender Verläßlichkeit zu beweisen, ohne auf irreale Marktpreisberechnungen angewiesen zu sein[30].

Erscheinen somit die wichtigsten Bedenken entkräftet, so gewinnen die rechtspolitisch nützlichen Effekte der Schadensersatzklage, die die Verfolgung von Allgemeininteressen mit einer reinen Ausgleichsfunktion verbindet[31], in solchem Maße an Gewicht, daß die Frage nach der Zweckmäßigkeit der Gewährung dieses Rechtsbehelfs positiv zu beantworten ist[32].

---

26) Zuletzt zusammengestellt bei Benisch WuW 61, 769.

27) Die Bedenken, die Steindorff, Schadensberechnung, S. 465, gegen die Zulässigkeit abstrakter Schadensberechnung bei unerlaubter Diskriminierung wegen der prinzipwidrigen Rechtsfolgen als actio quasi negatoria oder Kontrahierungsanspruch hat, hätten in entsprechender Form auch bei Verstößen gegen horizontale Absprachеverbote Geltung.

28) Vielfach wird eine solche Möglichkeit bereits von vornherein ausgeschlossen und in jeder Schadensbestimmung zu Unrecht eine "Fixierung eines Wettbewerbspreises" gesehen: Strickrodt, Lieferverträge, S. 91, wählte beispielsweise einen ganz falschen Ausgangspunkt, indem er zu Vergleich und Schadensbestimmung nach einer "konditions- oder preismäßigen Norm" sucht.

29) 6. Kap., § 2, IV.

30) Vgl. dazu die Darstellung im 2. Kapitel § 4 IV und V.

31) Benisch, WuW 1961, 770, glaubt diese Koordination verneinen zu müssen, da er Allgemein- und Individualinteresse nicht als gleichgerichtet anerkennt. Seine Begründung kann jedoch schon deswegen nicht überzeugen, weil er das Individualinteresse der Kunden an Niedrigstpreisen nicht von dem allein beachtlichen Interesse an frei gebildeten Wettbewerbspreisen unterscheidet.

32) Deringer NJW 1956, 1714, hält das gleiche Ergebnis für die rechtspolitisch tragbare mittlere Lösung.

§ 2 ZIVILRECHTSFOLGEN IN DER ZWECKORDNUNG DES GWB

I. Bedeutung der Fragestellung zum Schutzzweck

Die vorausgehende Untersuchung hat durch die Gegenüberstellung des Für und Wider der Anerkennung individueller Rechtsbehelfe den praktisch möglichen und rechtspolitisch notwendigen Weg gewiesen. Dieser darf aber nur dann eingeschlagen werden, wenn er nicht ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zuwiderläuft und dabei zu einem Ziel führt, das mit dem dem GWB zugrundeliegenden Schutzzweck nicht übereinstimmt[1]. Solange der Schutzbereich des GWB nicht auf einzelne außenstehende Kartellgeschädigte erstreckt werden darf, kann für diese trotz überzeugenden praktischen Bedürfnisses ein eigenständiges Klagerecht auf Ersatz erlittenen Schadens nicht begründet werden. Da in erster Linie § 35 GWB als Anspruchsnorm in Frage stehen wird, ergibt sich diese Folgerung bereits aus dem Umstand, daß es für diesen Fall an der zu ihren Gunsten bestehenden Schutzvorschrift fehlen würde.

Darüber hinaus stehen auch die weiteren haftungsbegründenden Voraussetzungen eines Ersatzanspruches in unmittelbarer Beziehung zu dem aus dem Kartellverbot des GWB abzuleitenden Schutzzweck und lassen sich nach moderner Lehre nur bei Übereinstimmung mit diesem ermitteln[2]. So sind nach der überzeugenden Ansicht von Caemmerers[3], der sich der BGH allerdings noch nicht mit voller Konsequenz angeschlossen hat[4], bereits die Fragen im Bereich der Kausalität, inwieweit die Folgekette noch einem haftungsbegründenden Umstand zuzurechnen ist, nicht mehr mit unbefriedigenden Adäquanzmaßstäben anzugehen, sondern unter Ausrichtung am Schutzzweck der anspruchsbegründenden Norm zu lösen[5]. Während entsprechende Erwägungen für die Ersatzansprüche aus § 823

---

1) Zur Bedeutung der Frage nach Sinn und Zweck des Gesetzes für die Auslegung vgl. Brugger, Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, 467 (469); Benisch, Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 61, 764.

2) Steindorff, Schadensberechnung, S. 467.

3) Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung, NJW 56, 571; ders., Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht (Freiburger Rektoratsrede 1956); ders., Wandlungen des Deliktsrechts, a.a.O., S. 66, 133. Kritisch Larenz, Möglichkeiten einer Begrenzung der Haftung, Beiheft zum VersR 1959 (Karlsruher Forum), S. 12.

4) Ansätze finden sich in BGHZ 27, 131; 29, 65 und BGH in JZ 59, 573.

5) Gleiche Anliegen verfolgen u.a.: Esser, Kausalitätsbegriff und Rechtswidrigkeitszusammenhang, Beiheft zum VersR 1959 (Karlsruher Forum) S. 20; Heinrich Lange, Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzu-

Abs. II BGB bereits seit langem als Selbstverständlichkeit anerkannt sind[6], verschafft sich damit eine sinnvollere Art der Haftungsbegrenzung auch für die Verletzung absoluter Rechte Eingang. Diese Ansicht ist vor allem deswegen als weiterführend zu begrüßen, weil sie die unglücklich differenzierende Beurteilung bei der Prüfung von Haftungsgrund und Haftungsumfang vermeidet[7], ohne damit diese Unterscheidung ganz aufgeben zu müssen. Rechtswidrigkeits-, Kausalitäts- und Verschuldensfragen werden daher nicht mehr nach vielen oft rein begrifflich verschiedenen Voraussetzungen zu prüfen sein, sondern eine sachgerechtere Beantwortung aus Schutzrichtung und Schutzumfang der verletzten Norm finden können. Mit einer Verlagerung des Schwerpunkts von der Schadensverknüpfung zum Schadensnachweis hat Steindorff[8] diese Lehre dann folgerichtig weiterentwickelt und nachgewiesen, daß nicht nur der Umfang des Schadens, sondern auch die Möglichkeiten zu seinem Nachweis als Mittel der Rechtsverfolgung[9] von der Zielsetzung der Haftungsgrundnorm abhängen.

Mit diesem modernen Zugang zu den Problemen der Schadensbestimmung hat in gleicher Weise auch im Bereich der Vorteilsausgleichung neben der herkömmlichen Kausalbetrachtung die Frage nach Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht und der daraus ableitbaren Anrechenbarkeit gleichzeitig erlangter Vorteile Einfluß gewonnen[10]. Zwar halten auch hier die Mehrzahl aller Lehrmeinungen den Maßstab adäquater Verknüpfung noch immer für ausreichend und allein ausschlaggebend[11], begründen dies vor allem aber damit, daß Schadensbestimmung und Vorteilsausgleichung nur nach denselben Maßstäben entschieden werden könnten[12]. Setzen sich aber die oben gezeigten Ansätze bei der Schadensbestimmung auch praktisch durch, so würden damit dann auch für die Abgrenzung des auf den Schaden anrechenbaren Vorteils offene Türen eingerannt[13].

---

sammenhang, AcP 156, 114 (129), der jedoch der Schutzzweckbetrachtung allein noch beschränkte Bedeutung beimißt; grundlegend bereits Rabel, Das Recht des Warenkaufs, 1936, Bd. I, S. 502-509.

6) Larenz, a.a.O. S. 12; Lehmann, Begrenzung der Rechtswidrigkeit, Festschrift für Hedemann 1958, S. 179 ff.

7) Deutlich zuletzt im BGH Urteil vom 10.7.59, JZ 1959, 774.

8) Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158, 431 ff.

9) Im Anschluß an Neuner, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133, 277.

10) BGHZ 8, 326 (329) verlangt, insoweit noch eine zweckbestimmte Überprüfung adäquater Anrechnungsmöglichkeit.

11) Vgl. statt vieler Staudinger-Werner, 11. Aufl. § 249 Vorbem. 107; a.A. schon frühzeitig Baur, JW 37, 1463.

12) Deutlich bei Werner, Vorteilsausgleichung, Kausalität und Wesen der Schadensersatzpflicht, NJW 55, 769 (770).

13) Cantzler, Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch AcP 156, 29 (1957)

II. Begründung eines Individualschutzes gegen unerlaubtes Kartellverhalten

1. Der Interpretationsspielraum im GWB

Muß unter diesen Voraussetzungen die Ermittlung des Schutzzwecks als die Nahtstelle für Zulässigkeit und Ausmaß privater Rechtsbehelfe erscheinen, so ist doch gleichzeitig die Gefahr zu beachten, daß durch eine einseitige und rein theoretische Festlegung auf ein bestimmtes Ziel des Gesetzes die maßgebliche Aufgabe der Zweckbetrachtung wieder verkehrt und ihre Legitimation mißbraucht wird. Es kann daher für die Zielsetzung der vorliegenden Arbeit vor allem nicht darauf ankommen, auf den Lehrstreit zum Schutzzweck des GWB einzugehen. Die Entscheidung für die eine oder andere These, deren Gegensätzlichkeit sich in der leicht irreleitenden Typologie von Institutions- und Individualschutz niedergeschlagen hat, ist abgesehen von der Fragwürdigkeit ihrer Überzeugungskraft ohne klärenden Wert für Bestehen und Umfang zivilrechtlicher Rechtsfolgen in den hier zu untersuchenden Fällen.

Daß ein Theorienstreit in dieser Form nicht ergiebig sein kann, wird unter anderem allein schon aus der gesetzlichen Regelung im GWB deutlich. § 35 GWB, der in seinem Kern dem § 823 Abs. II BGB entspricht, sieht nun einmal zivilrechtliche Ersatzansprüche vor und tut dies ohne Rücksicht auf die Antwort zur Frage nach Individual- oder Institutionsschutz des Gesetzes. Damit ist die Frage, ob Schadensersatzansprüche einzelner Marktteilnehmer möglich sind, durch den Gesetzgeber zweifelsfrei entschieden; daneben ist nur noch offengeblieben, welche Verletzungen des GWB eine solche Folge begründen können. Nur wenn die einzelne Vorschrift auch den Schutz der Privatpersonen mit einschließt, kann ihre Verletzung für diese Grundlage einer Schadensersatzklage sein. Allein in diesem engeren Zusammenhang kommt der Schutzzweckbetrachtung Bedeutung zu. Nicht der Schutzzweck des Gesetzes, sondern der der einzelnen verletzten Norm ist zu ermitteln.

2. Maßstäbe zur Bestimmung des Schutzzwecks

Ist somit die Notwendigkeit der Ermittlung des Schutzzwecks in seiner präzisierten Form dargelegt, so bleibt immer noch zweifelhaft, nach welchen Grund-

---

hat diese Folgerungen bereits gezogen. Er anerkennt eine Verpflichtung zur Anrechnung von Vorteilen nur dann, wenn diese sich gerade wieder in einer Förderung des verletzten Rechtsgutes ausgewirkt haben. Dieses aber läßt sich ebenfalls nur durch eine Orientierung am gesetzlichen Schutzzweck bestimmen.

sätzen diese Ermittlung zu erfolgen haben wird. Unergiebigkeit und Unverläßlichkeit der Versuche, Grundprinzipien des Gesetzes und seine Entstehungsgeschichte zu verbindlichen Ansatzpunkten zu wählen, zeigen sich mit abschreckender Deutlichkeit in dem in der Literatur ausgetragenen Lehrstreit, bei dem sich vielfach auch der Verdacht einseitiger Interessentenvertretung nicht unterdrücken läßt. Dabei steht der These vom ausschließlichen Schutz der Institution Wettbewerb, die Privatansprüche gegen allein marktbezogenes Verhalten nicht zuläßt[14], die Überzeugung gegenüber, daß das GWB als notwendige Anerkennung grundrechtlich geschützter Einzelfreiheitsrechte im Bereich der Wirtschaft zu verstehen sei und daher den Individualschutz zu seiner vornehmsten Aufgabe mache[15]. Selbst zahlreiche vermittelnde Versuche, die sich bemühen, eine Brücke zwischen Institutions- und Freiheitsschutz zu schlagen[16] oder auf die Festlegung einer leitenden Zielsetzung des GWB ganz verzichten und diesem bloßen Maßnahmecharakter zuerkennen[17], helfen sich für die Beurteilung, ob einzelnen Normen Schutzgesetz-

---

14) Würdinger, WuW 53, 721 (726); ders. WuW 60, 313 (314); ders. MDR 52, 129; ders. im Vorwort zur deutschen Ausgabe von Neumeyer, Monopolkontrolle in USA; Ballerstedt JZ 56, 267 (271); Ewald WuW 56, 253 (257); v. Brunn, Festschrift für Isay, 1956, S. 171; Benisch, WuW 56, 483; ders., WuW 61, 764 (777); ders. im Gemeinschaftskommentar § 35 Anm. 3, S. 646; Leo, WuW 59, 485; Rasch, Kom. Anm. 2 zu § 1 und Anm. 11, 19 ff. zu § 35; Hefermehl, Festschrift für Nipperdey, S. 297.

15) Biedenkopf, Freiheitliche Ordnung, S. 32; ders., Wettbewerbsbeschränkung, S. 219; Königs GRUR 58, 589; Kellermann GRUR 56, 581; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, S. 67; Lukes, Kartellvertrag, S. 187.

16) Günther NJW 57, 1704 (Vorwort zum Aufsatz von Schmitz); ders. BB 57, 721; ders. WuW 57, 677; ders. WuW 58, 379 (391) ; ders. GRUR 58, 575; ders. MA 59, 269 (275); ders. WuW 603, 159 (162); ders. WuW 60, 747; Fikentscher BB 56, 793 (795); ders. Wettbewerb S. 201, 207 ff.; Hefermehl, Festschrift für Nipperdey, S. 283 ff.; Flume, WuW 56, 457 (467); Rowedder MDR 58, 1; E.R. Huber, Wirtsch. Verw. Recht Bd. I, S. 340; Brugger, WuW 59, 467 (469); Baumbach-Hefermehl, Einl. zum GWB Anm. 1-6; Langen, S. 276; Lukes, S. 187/188; Schwartz, Deutsches Internationales Kartellrecht, 1962, S. 34, 95; Griesbach, Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des GWB, BB 62, 1011. Von dieser vermittelnden Auffassung scheint auch das BKartA auszugehen, das in seinen Jahresberichten gleichermaßen das wirtschaftspolitische Leitbild des Gesetzes wie auch seinen politischen Freiheitsgehalt herausstellt: 1958 Dt. Btg. 3. Wahlperiode Drucksache 1000 S. 7; 1959 Drucksache 1795, S. 7; 1960 Drucksache 2734 S. 7/8.

17) Strickrodt DB 58, 15/18; ders. Lieferverträge, S. 84; Spengler, WuW 60, 410 (420).

eigenschaft zukommt, letzten Endes mit der Bezugnahme auf ein in seiner Grundsätzlichkeit stets anfechtbares Bekenntnis.

In entsprechender Gegensätzlichkeit scheint auch die Rechtsprechung befangen. Während noch eine Gruppe von Entscheidungen die Freiheit wirtschaftliche Betätigung als Schutzgut in den Vordergrund stellt[18], bezeichnet eine andere Gruppe den Schutz des Wettbewerbs als Institution als vorrangigen Gesetzeszweck[19]. Vermittelnde Entscheidungen bilden eine dritte Gruppe[20]. Statt solcher in ihrer Einseitigkeit nicht überzeugungsfähiger Bekenntnisse[21], verspricht aber auch der Versuch, aus der Entstehungsgeschichte und der Begründung des Gesetzes und seiner einzelnen Normen ein überzeugenderes Auslegungskriterium zu finden, kaum Aussicht auf Erfolg. Steindorff's[22] beispielhafter Hinweis auf die Hintergründe für die Verwirklichung der Gewerbefreiheit in Frankreich, die nicht wie es in der Begründung hieß, als ein geheiligtes Freiheitsrecht, sondern als ein zusätzliche Steuerquelle die rechtliche Anerkennung fand, sollte hierfür hinreichende Warnung sein.

Ebenso wie sich aus der Wortfassung und dem offen zutage tretenden Zweck einzelner Bestimmungen des GWB mit Sicherheit deren Normqualität als Schutzvorschriften ableiten läßt[23], ist dies für andere Bestimmungen ausgeschlossen. Zu dieser zweiten Gruppe gehören vor allem die Vorschriften, die als Grundsatznormen des GWB angesprochen werden können, also die §§ 1 und 15. Versagen

---

18) Entscheidungen des BGH: WuW/E BGH 27 ("Columbus-Kaffee"); WuW/E BGH 44 = MDR 53, 437 (Schulspeisung); WuW/E 59 ("Nordmark"); WuW/E BGH 1 ("Drahtverschlußmaschine"); WuW/E BGH 243 ("Mutterngewinde - Schneideautomat"); WuW/E BGH 254; 259 ("4711"); WuW/E BGH 291 ("Großhändlerverband II"); WuW/E BGH 360 ("Gasglühkörper"); ferner OLG Nürnberg WuW/OLG 106; Hamm WuW/E OLG 224.

19) Entscheidungen des BGH: WuW/E BGH 19 ("Brauereidarlehen"); WuW/E BGH 6 ("Warenkredit"); WuW/E BGH 94, ("Rote Herzwandvase"); WuW/E BGH 125 ("Baukredit"); WuW/E BGH 168 ("Siedlungsgenossenschaft").

20) WuW/E BGH 7 ("Tauchpumpe"); WuW/E BGH 130 ("Gesangbuch"); KG in WuW/OLG 388 ("Fotofilm III").

21) So mit Recht Brugger, WuW 1959, 470; "Die Überbewertung der einen oder anderen Zielsetzung dürfte nicht gerechtfertigt sein .... Die wirtschaftliche Freiheitsgarantie und der Wettbewerb als Instrument einer solzialen Marktwirtschaft stehen in einer Wechselbeziehung ... "

22) Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht (1959), S. 10/11.

23) Etwa §§ 25 und 26 GWB; vgl. dazu Leo: Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, 485 ff. und Benisch, Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, 764 ff.

hier alle vorrangigen Auslegungskriterien, um zu einer eindeutigen Entscheidung zu kommen, so erscheint es legitim, der rechtspolitischen Betrachtung größeres Gewicht beizumessen. Unter diesem Blickwinkel stellt sich dann die Frage, ob für eine Privatsanktion gegen bestimmte Wettbewerbsverstöße ein Bedürfnis besteht, ob eine bestimmte Sanktion praktikabel ist, und schließlich, ob eine solche Sanktion zur Erreichung der auf freien Wettbewerb gerichteten Zielsetzung beitragen kann. Mit der vergleichenden Betrachtung und Wertung des amerikanischen Rechts stellt sich die vorliegende Arbeit gerade die Aufgabe, diesen Nachweis zu führen. Die Überzeugung von der letztlich allein entscheidungserheblichen rechtspolitischen Beurteilung erlaubt es daher, an dieser Stelle auf eine Auseinandersetzung mit der zum Schutzzweck des GWB und seines § 1 bestehenden Kontroverse in Literatur und Rechtsprechung zu verzichten.

3. Übernahme rechtspolitischer Folgerungen

In § 1 dieses Kapitels führten Darstellung und Auswertung amerikanischer Erfahrungen unter Berücksichtigung maßgeblicher Unterschiede im deutschen Recht zu der abschließenden Feststellung, daß die Schadensersatzklage als zweckmäßiger Rechtsbehelf Privater gegen unerlaubtes Kartellverhalten ihrer Marktpartner zu empfehlen ist. Dieser Empfehlung zu entsprechen, gelingt nur dann, wenn wir die Bestimmungen des GWB, die das anstößige Kartellverhalten verbieten, zugleich als Schutzvorschriften i.S. des § 35 GWB betrachten. Diese Übersetzung rechtspolitischer Entscheidung in Richtlinien juristischer Auslegung ist gerechtfertigt durch den Nachweis, daß jedenfalls keine zwingenden Gründe gegen die Möglichkeit sprechen, verbotswidriges Kartellverhalten als Verletzung einer Schutzvorschrift zu beurteilen: sie ist aber außerdem überzeugend, weil auf diese Weise die Ziele des Gesetzes wirksam gefördert werden.

Wenn demgegenüber eingewandt werden sollte, daß auch in dieser Form die eindeutig nicht festzulegende Zweckrichtung des Gesetzes bestimmendes Kriterium bleibt, so soll dieser Gefahr einer Verwechslung noch in aller Kürze vorgebeugt werden. Während die Ansicht, die den Charakter einer Norm als Schutzvorschrift unmittelbar aus dem Gesetz ableiten zu können glaubt, darauf angewiesen ist, sich zwischen Individual- und Institutionsschutz zu entscheiden, reicht für unsere Zwecke eine bescheidenere Feststellung aus. Die auf rechtspolitische Erwägungen gestützte Ausrichtung der Auslegung an der Zielsetzung des GWB erlaubt es, diese allein in der Aufrechterhaltung eines freien Wettbewerbs als eines Ordnungssystems zu sehen. Daß dies wenigstens primäres Schutzgut im GWB ist, wird man wohl ernstlich nicht bestreiten können. Nur die Erkenntnis, daß Wettbewerb nicht als Selbstzweck schützenswert sein kann[24], führt dann zu der unbewältig-

---

24) Fikentscher, Wettbewerb, S.194, bezeichnet "Wettbewerb als Rechtsgut",

ten Aufgabe, die konstruktiv zweitrangigen, in ihrer Bedeutung natürlich übergeordneten Schutzzwecke zu ermitteln. Wir beschränken uns also darauf, den Schutz des Wettbewerbs als primäre Zielsetzung des GWB anzustreben und sehen bereits für dieses Ziel die Gewährung privatrechtlicher Sanktionen als mit dem Gesetz vereinbar und aus rechtspolitischen Gründen vordringlich an.

Diese Betrachtungsweise findet ihre Entsprechung bei der Gruppe von Meinungen, die den aufgezeigten Gegensatz zwischen der Verwirklichung rechtlicher Werte und rein ökonomischer Gründe durch vermittelnde Thesen zu überbrücken suchen[25]. In dem Bestreben zwischen diesen beiden Extremen einen Kompromiß zu finden, wird der Wettbewerb in der Form und dem Ausmaß, wie ihn das GWB vorschreibt und zuläßt[26], zu dem gemeinsamen Bindungsglied[27], das ökonomischen und rechtsethischen Zwecktheorien eine einheitliche Basis vermittelt.

---

als "eine ungewohnte Vorstellung". Insoweit befinden wir uns auch in Übereinstimmung mit Günther, MA 1959, 269 (272), der Wettbewerb unter ökonomischem Aspekt nicht als Selbstzweck, sondern nur als Mittel einer Wohlstandsmehrung anerkennt.

25) Vor allem Günther, Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB, MA 1959, 269, 272.

26) Zur Konkurrenz variierender Wettbewerbsformen siehe Steindorff, Zweckmäßigkeit, S. 23/24.

27) Insoweit besteht Übereinstimmung mit Steindorff, Zweckmäßigkeit, S. 9, wonach sich die Wettbewerbsnormen im Zweck des Ordnungsinstruments erschöpfen.

5. Kapitel: AUSSENWIRKUNGEN DES KARTELLVERTRAGS IM BEREICH DES VERTRAGSRECHTS

§ 1 ÜBERSICHT MÖGLICHER AUSWIRKUNGEN

I. Gebot und Verbot als Ordnungselemente des Privatrechts

Der im anglo-amerikanischen Rechtskreis gebräuchliche, anpassungsfähige Grundsatz der "non-enforceability", der es dem Richter erlaubt, Rechtsschutz dann zu versagen, wenn andernfalls unrechtmäßige Zwecke gefordert würden, ist dem deutschen Recht mit diesem weiten Spielraum nicht bekannt. In Fällen, in denen die privatrechtliche Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Handlungen nicht in einem Sondergesetz ausdrücklich bestimmt ist, bedarf es zur Begründung der Rechtsschutzversagung entweder des Rückgriffs auf das Korrektiv der guten Sitten oder der Anknüpfung an die Generalnorm des § 134 BGB.

Will eine Rechtsordnung bestimmten Geschäften Anerkennung und Durchsetzbarkeit versagen, so bieten sich ihr dafür grundsätzlich zwei Wege an[1]. Der eine führt über das Gebotsgesetz, das bestimmte Voraussetzungen für die Anerkennung einer rechtsgeschäftlichen Wirkung aufstellt; sind diese nicht beachtet, so bleibt die jeweilige Handlung schon außerhalb des rechtlich relevanten Bereichs; sie ist, auf ihre rechtsgeschäftliche Wirksamkeit hin überprüft, ein rechtliches Nichts. Da sich aber mit derartigen Gebotsgesetzen nur generalisierende Regelungen erreichen lassen, ist der für die Berücksichtigung besonderer Gesetzeszwecke im Einzelfall geeignete zweite Weg das Verbotsgesetz. Das Verbotsgesetz soll also einem Rechtsgeschäft, das den generellen Geboten der Rechtsordnung entspricht, die damit an sich begründete zivilrechtliche Wirkung entziehen. Um dies nicht in jedem Fall gesondert anordnen zu müssen, ist § 134 als Generaltatbestand geschaffen, der vor allem für die Bewältigung der Aufgaben staatlicher Wirtschaftslenkung von besonderer Bedeutung ist[2]. Bei dieser Lösung bleibt dann im Einzelfall die Aufgabe, den Zusammenhang zwischen Einzelnorm und Generaltatbestand zu schaffen, d.h. zu bestimmen, welche Art gesetzlicher Anordnungen als Verbote überhaupt und bejahendenfalls mit welcher Rechtsfolge zu verstehen sind.

Ein anderer Ansatz, wie ihn neuerdings vor allem wieder Raiser gewählt hat[3], führt über die rein formale Verbotsbeziehung hinaus und versucht, die Entscheidung

---

1) Diese Einteilung findet sich bereits bei Endemann, Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, 1887.

2) Vgl. dazu die Aufsätze von Brandt, MDR 1948, 165 und Zeisc, JR 1948, 278.

3) Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des

für oder gegen die Anerkennung privatautonomer Bindung nach der Funktion des Einzelvertrages zu treffen. Eine solche Lösung kommt der allerdings noch weit pragmatischeren Common Law Regel der "non-enforceability" schon beachtlich näher und wird bei zunächst vorsichtiger Anwendung durch die Rechtsprechung eines Tages zu einer Isolierung des § 134 wenigstens insoweit führen können, als d in Frage stehende Einzelvertrag der Grundvoraussetzungen einer ebenbürtigen Stellung der Vertragspartner, auf die sich die Anerkennung und Berechtigung der Vertragsfreiheit selbst stützt, nicht entspricht oder sogar entgegenwirkt. Doch w es jedenfalls für alle die Tatbestände, die in Beziehung zu den Funktionsvoraussetzungen der Vertragsfreiheit indifferent sind, auch weiterhin der Generalnorm des § 134 BGB bedürfen. Die Lehre vom Mißbrauch, oder besser vom widersprüchlichen Gebrauch der Privilegien der Vertragsfreiheit paßt jedenfalls nur auf eine bestimmte Kategorie von Fällen und kann für unseren Problemkreis, wie sich im einzelnen zeigen wird, allein noch keine ausreichende Kriterien bereitstellen, ohne gleichzeitig eine unzuträgliche Aufweichung jeglicher Rechtssicherheit zu bewirken.

Wir müssen uns daher zunächst beschränken und die wegen der Kartellverbindung eines Vertragspartners gerügte privatrechtliche Unwirksamkeit der Vereinbarung zu begründen suchen in:

1. einer zufolge einer Spezialvorschrift bestehenden Unwirksamkeit, und

2. einer auf § 134 BGB zurückzuführenden Unwirksamkeit.

Diese Einteilung beruht allein auf rechtstechnischen Grundsätzen. An Bedeutung muß sie aber hinter der für die systematische Erfassung unseres Problemkreises wichtigeren Abwägung, worin der Schwerpunkt des für die Kartellbetroffenheit des Einzelvertrages maßgeblichen Verhaltens zu sehen ist, zurückstehen. Dafür bietet sich eine Gliederung derart an, ob

1. der Schwerpunkt für die Einzelvertragsfolgen bereits in der Teilnahme des Vertragspartners an der Kartellabsprache liegt, oder

2. der Abschluß des Einzelvertrages selbst die richtige Basis zu Anknüpfung abgi

II. Die Bemühungen zur Verbindung von Kartellvertrag und Einzelvertrag

Nach dem Zementurteil des BGH, das zu der Frage der Verknüpfung zwischen

---

deutschen Juristentages, Bd. I, S. 101 ff.

Kartell- und Folgevertrag die entscheidenden Fragen offen ließ, und gerade deshalb unbefriedigend wirken mußte, hat das Schrifttum diese Fragestellung mehrfach aufgegriffen.

1. So verneint Ballerstedt[4] eine unmittelbare Verbindung zwischen den unwirksamen Absprachen von Kartellen niederer Ordnung und den Einzelverträgen, deren Inhalt als Folge faktischer Gebundenheit zu erklären ist. Zwar weist er die Möglichkeit, über § 134 BGB in Verbindung mit dem Kartellverbot des § 1 GWB eine Brücke zu schlagen, nicht von der Hand, glaubt aber, durch ein solches Vorgehen den Einzelunternehmen einen nicht zu rechtfertigenden Zwang, nur zu angemessenen Wettbewerbsbedingungen abzuschließen, aufzuerlegen und deswegen auf eine solche Verknüpfung von vornherein verzichten zu müssen.

Für Kartelle höherer Ordnung stellt Ballerstedt noch eine weitere Überlegung an: der Einzelvertragspartner könne sich hier dem Zwang, sich einer in einheitlichen Lieferungsbedingungen bestehenden fertig bereitliegenden Rechtsordnung unterwerfen zu müssen, gegenübersehen. Da eine solche selbstgeschaffene Ordnung nach der Sonderbestimmung des § 1 GWB unwirksam ist, könne aus entsprechender Unterwerfung unter etwas Unwirksames auch kein gültiger Vertrag entstehen. Mit Recht versagt Ballerstedt solcher Argumentation dann aber selbst die Überzeugungskraft. Ganz abgesehen von der Fragwürdigkeit der "Theorie der Unterwerfung" weist er darauf hin, daß sich deren Bedeutung allein in einem ganz anderen und fast entgegengesetzen Zusammenhang erschöpft, wo es darum geht, ob bestimmte Bedingungen ohne ausdrückliche Willensübereinstimmung Vertragsbestandteil geworden sind, während hier doch in Frage steht, ob trotz ausdrücklicher Willensübereinstimmung eine vertragliche Bindung nicht erreicht werden kann.

Den dritten Ansatzpunkt sucht Ballerstedt schließlich in der Aufnötigung unbilliger Vertragsbedingungen. Da es uns aber um eine Anknüpfung an den Kartelltatbestand schlechtin ohne Berücksichtigung seiner inhaltlichen Gestaltung geht, müßte sich die Unbilligkeit dann schon allein daraus ergeben, daß die Bedingungen in gemeinschaftlicher, wettbewerbsbeschränkender Vereinbarung abgesprochen und festgelegt wurden. Materielle Unbilligkeit ist aber keine notwendige Folge bloßer Koordinierung, sodaß auch dieser Versuch die richtige Anknüpfung zum Einzelvertrag nicht aufzeigen kann.

2. Flume[5] richtet seine Kritik an der Entscheidung des BGH vor allem gegen die Behauptung, die verbotswidrigen Absprachen seien in den Einzelvertrag aufgenommen. Nach seiner Ansicht beruht der Verdacht eines Verstoßes gegen die Dekartellierungsbestimmungen allein darauf, daß ein Partner einer Wettbewerbsabsprache

---

4) Kartellverbot, S. 269 f.

5) Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, WuW 56, 457 ff.

einen entsprechenden Einzelvertrag geschlossen hat, also allein in dem Verhalten eines Vertragspartners, nicht im Inhalt der Vereinbarung. Schon daraus erscheint es ihm "selbstverständlich, daß das verbotswidrige Verhalten nur eines Partners als solches einen Vertrag nicht nichtig macht". Außerdem erscheint ihm aber auch die Möglichkeit, das Kartellverbot selbst - die Dekartellierungsgesetze enthielten noch kein Hinwegsetzungsverbot - mit der Nichtigkeitskonsequenz[6] auf den Einzelvertrag anzuwenden, als eine vom Ergebnis her offenbar unmögliche Lösung.

3. In grundsätzlicher Übereinstimmung mit Ballerstedt hält Fikentscher[7] es auch im Interesse der Rechtssicherheit für zweckmäßiger, es jeweils der Entscheidung der einzelnen Vertragsbeteiligten zu überlassen, sich durch etwaige Ausübung von Anfechtungs- oder Schadensersatzrechten zu schützen und eine generelle Sanktion zu vermeiden. Für ihn verbietet sich eine Ausdehnung des Abspracheverbotes auf Drittverträge vor allem aus dem Umkehrschluß, daß die Gesetze über die Betroffenheit der Drittverträge selbst nichts aussagen.

4. Auch Strickrodt[8], dessen Kritik sich bereits auf das Spediteur Urteil stützen kann, verneint die Auswirkungen eines generellen, präventiven Kartellverbotes, das nicht nach effektiven Wirkungen im Einzelfall fragt und schließt eine automatische Einbeziehung des Einzelvertrages in den Bereich der Kartellbetroffenheit aus. Dabei gesteht er dem Einzelvertrag eine selbständige rechtliche Funktion zu, die das Drittwirkungsproblem des Kartellverbotes aus dem Bereich einer bloßen Reflexwirkung heraushebt.

III. Einteilung möglicher Anknüpfungspunkte

Diese, an den wesentlichsten Beiträgen illustrierte Ansicht, daß eine automatische Wirkung des Kartellverbotes auf die Einzelverträge nicht in Frage kommen

---

6) Die Auseinandersetzung mit den Erwägungen des BGH zu § 139 BGB und der Parallele zur Preisrechtsprechung darf daher, nachdem Flume die Anwendung des § 134 BGB schon überhaupt verneint hatte, nur noch zur Stütze dieses Argumentes vom Ergebnis her verstanden werden.

7) Drittverträge, S. 194.

8) Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, WuW 57, 75 ff.

ann, überwiegt heute derartig[9], daß Spengler[10] bereits von einer endgültig gelärten Frage sprechen zu können glaubt. Diese Feststellung darf vom Ergebnis her etrachtet sicherlich unterschrieben werden, aber noch immer fehlt es an einer berzeugenden und befriedigenden Begründung, die eine Weiterwirkung des Karellverbotes auf die Folgeverträge unterbindet, in Sonderumständen aber auch einen geeigneten Ansatzpunkt liefert, um mögliche Unwirksamkeitsfolgen zu begründen.

Es bedarf daher einer eingehenderen Untersuchung, welche der denkbaren Verknüpfungen konstruktiven und praktischen Anforderungen gerecht zu werden vermag. Eine Übersicht zeigt folgende Einteilungsgesichtspunkte:

1. Zivilrechtliche Betroffenheit des Einzelvertrages als Reflexwirkung der Nichtigkeit der Kartellvereinbarung: die Unwirksamkeitsfolge müßte sich hier unmittelbar aus § 1 GWB und nicht erst über die Umschaltnorm des § 134 BGB ergeben.

Eine solche Reflexwirkung ließe sich mit folgenden Begründungen denken:

) Einheit von Kartell- und Einzelvertrag, wobei die Unwirksamkeit des ersteren auch die des letzteren mit umfaßt.

) Während unter a) noch nicht von einer eigentlichen Reflexwirkung gesprochen werden kann, da die Annahme einer Einheit eine noch engere Verbindung herstellt, wären hier nun denkbare Auswirkungen auf Grund der Theorien zu erklären, die Beziehungen rechtlicher Art über die Vertragsbeteiligten hinaus dadurch begründen, daß sie dem Kartellvertrag eine normierende Kraft zuerkennen. Schwierigkeiten ergeben sich hier aus der Feststellung der Normqualität und - dies einmal unterstellt - aus der Bestimmung des Einflusses unwirksamer, da verbotswidrig aufgestellter Normen.

) Ist aber eine Normierungskraft schon überhaupt nicht anzunehmen, so kann für die Verbindlichkeit des Einzelvertrages nur die Willensübereinstimmung seiner Kontrahenten maßgebend sein. Dabei könnte dann die von Ballerstedt bereits angeführte Theorie der Unterwerfung eine Art Reflexwirkung begründen.

Eine weitere Möglichkeit, reflektierende Auswirkungen zu begründen, ließe sich daraus herleiten, daß die Kartellpartner durch ihre Übereinkunft die ihnen im GWB als einer zuständigkeitsordnenden Regelung gesetzten Schranken durch-

---

Außer den bereits Genannten: Schwenk, Wechselwirkungen von Kartellverbot und Einzelvertrag, WuW 58, 326; Kracht, WuW 59, 546; v. Brunn im Gemeinschaftskommentar, S. 211; Frankfurter Kommentar § 1 Tz 68/69; Langen, S. 73; Rasch, S. 45; Lukes, a.a.O., S. 244.

0) WuW 1960, 416.

brechen und daher die ihnen vermöge der Privatautonomie generell zustehen de Fähigkeit, rechtlich bindende Verträge zu schließen, unter diesen Umstä den für kartellmäßig vorbestimmte Drittverträge verlorengeht. § 1 GWB wär insoweit als eine fundamentale Beschränkung der Privatautonomie zu verste

e) Lassen sich Erwägungen zur Begrenzung der Privatautonomie aus der unbefug ten Inanspruchnahme von Normsetzungsfunktionen stützen, so kann andererseits vom Grundprinzip der Vertragsfreiheit ausgehend überlegt werden, ob nicht im Kartellvertrag die Funktion des Privatvertrages in ihr Gegenteil ver kehrt ist und als Folge dazu auch die kartellentsprechenden Einzelverträge b Außerachtlassung der Funktionsvoraussetzungen zum gerechten Interessenausgleich der auf die Vertragsfreiheit zurückzuführenden rechtlichen Bindung er behren müssen.

2. Zivilrechtliche Betroffenheit des Einzelvertrages wegen möglicher Verstöße die bei seinem Abschluß vorkommen. Dabei kommt nun der ebenfalls bereits ang deutete, rechtstechnische Einteilungsgesichtspunkt zur Anwendung, ob hier eine Berufung auf eine ausdrückliche, sondergesetzliche Bestimmung möglich ist, ode ob nur der Umweg über die Generalnorm des § 134 BGB zivilrechtliche Unwirksam keitsfolgen begründen läßt.

a) Als sondergesetzliche Bestimmungen kommen in Betracht:

(1) § 1 GWB: der Einzelvertrag als eigenständiger oder abhängiger Teil eines Kartellvertrages.

(2) §§ 15 ff GWB: der Einzelvertrag als sonstiger wettbewerbsbeschränkender Individualvertrag.

b) Als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB stehen zur Erörterung:

(1) § 1 GWB als generelles Kartellverbot versteht sich auch als konsequentes Verbot zum Abschluß kartellmäßiger Einzelverträge.

(2) § 38 Abs. I. S. 1 GWB als ausdrückliches Verbot an die Partner einer un wirksamen Kartellabsprache, sich über deren Unverbindlichkeit hinwegzu setzen.

(3) Schließlich ließe sich noch an die im Bonner Grundgesetz verbürgten Frei heitsrechte denken, deren Beschränkung durch wirtschaftliche, nicht lega lisierte Machtgebilde verboten, und, sofern sich dies in Verträgen auswirkt, mit der Folge des § 134 BGB geahndet wird.

Diese Einteilung erfüllt ihren Zweck darin, über mögliche Anknüpfungspunkte eine Übersicht zu vermitteln und für die nachfolgende Einzeluntersuchung stets Zusammenhänge und Unterschiede deutlich vor Augen zu halten.

§ 2 DER EINZELVERTRAG UNTER DEM EINFLUSS DES KARTELLVERTRAGES

I. Kartell- und Einzelvertrag als Einheit

Der Vertragspartner eines Syndikats oder einzelner Kartellteilnehmer ist im Regelfall ein außenstehender Dritter, für den eine Parteiidentität in beiden Vertragsbeziehungen ausscheidet. Dadurch, daß er mit einem Kartellpartner zu Kartellbedingungen kontrahiert, wird er nicht schon seinerseits in die Kartellbeziehungen eingegliedert; er ist weder bereits im Augenblick des Kartellabschlusses bedingt mit einbezogen, wobei Überlegungen zur Stellvertretung[1], zum Vertrag zugunsten Dritter - im Effekt wohl eher zu Lasten Dritter - und zum Vertrag für den, den es angeht, keine Hilfestellung geben können, da solche Folgen dem Willen der Kartellkontrahenten Gewalt antun würden und sich auch ohne jede vorausgehende Bestimmbarkeit der Person des Dritten, sowie ohne eine Übergehung des Verbots von Insichgeschäften bei Interessenkollision konstruktiv nicht erreichen lassen; ebensowenig tritt der Dritte etwa später durch die vertragliche Einigung mit einem Kartellpartner dem Kartell selbst bei. Selbst, wenn es im Einzelfall einmal der Absicht der Vertragsparteien entsprechen sollte, bewußt in Anerkennung und zur Durchführung der Kartellvereinbarung abzuschließen, bleibt zu beachten, daß auch darin schon rein tatbestandlich eine horizontale Absprache von Unternehmen auf einer gleichen Wirtschaftsstufe und zu einem gemeinsamen Zweck nicht gesehen werden kann. Die Verbotswidrigkeit des Einzelvertrages ließe sich in solchen Fällen nur dann begründen, wenn dieser Glied in einem umfassenden wettbewerbsbeschränkenden System geworden ist, dem in toto Rechtsschutz versagt werden muß. Eine solche funktionelle Eingliederung des Einzelvertrages in ein wettbewerbsbeschränkendes System erscheint für reine Austauschverträge nicht berechtigt. Allein wenn der Einzelvertrag selbst wieder besondere Beschränkungen auferlegt, die einen Beitrag zum Gesamtplan leisten, kann er diesem zu- und untergeordnet werden. Der richtige Ansatz zur Beurteilung seiner Rechtsgültigkeit muß dann aber in der Verbindlichkeit der einzelnen meist vertikalen Wettbewerbsbeschränkung gesucht werden, die nun allerdings, obwohl generell zulässig, wegen des engen Zusammenhangs mit der Horizontalbeschränkung entfallen kann[2]. Die weitere Frage hinsichtlich des Bestandes wettbewerbsneutraler Teile des Vertrages ist dann ein Problem des § 139 BGB. Es handelt sich hier also bereits nicht mehr um einen echten Fall einer Einheit beider Verträge, sondern um rechtlich selbständige Beziehungen, die

---

1) Sei dies im Hinblick auf die Mitwirkung bei der horizontalen Absprache oder nur als Vorwegnahme des später verabredeten Einzelgeschäftes; dazu die Ausführungen bei Lukes, Der Kartellvertrag, S. 210/11.

2) Beispiele im GWB: §§ 16 Abs. I, 18, 25, 26.

nur durch eine einheitliche Zweckausrichtung verbunden sind und daher rechtlich auch nur in ihrer gegenseitigen Beziehung und Abhängigkeit beurteilt werden können.

Mögliche Ausnahmen von dem Grundsatz der Unabhängigkeit und Trennung beider Vertragsbeziehungen sind also nur dann denkbar, wenn die Verbindung durch Parteiidentität auf beiden Seiten hergestellt ist und der Einzelvertrag insoweit nur als Vollzug der zuvor vereinbarten Beschränkung erscheinen muß. Ein solcher Zusammenhang ließe sich etwa bei vertikalen Individualbeschränkungen annehmen, bei denen die Wettbewerbsabsprache regelmäßig den Rahmen bildet, in dem dann in der Folge die Austauschgeschäfte abgewickelt werden. Anders ist die Sachlage jedoch in der horizontalen Stufe, da Unternehmen dieser Ebene nur selten Einzelverträge miteinander schließen werden, die als Vollzug der Kartellvereinbarung zu verstehen sind, deren Zweck sich in erster Linie gerade in einem abgestimmten Verhalten gegenüber außenstehenden Dritten erschöpft. Immerhin sind aber in Ausnahmefällen auch solche Beziehungen möglich. Man denke etwa an ein Rationalisierungskartell der Art, daß bei einzelnen Unternehmen bestimmte Produktionsvorgänge konzentriert und die dabei anfallenden Teile dann zu festgelegten Preisen an die übrigen Beteiligten abgegeben werden, oder an Patentlizenzverträge, die zur Durchführung einer vereinbarten Produktionsaufteilung notwendig werden. Ein Sachverhalt dieser Art wurde auch bereits in gleichem Sinne entschieden. Das OLG München[3] erachtete einen Bezugsvertrag eines Altgummi-Großhändlers für nichtig, den dieser mit einem Bezirkseinkäufer in Vollzug einer Absprache geschlossen hatte, wonach sich 30 Firmen zusammengeschlossen hatten, um ihre Einkäufe bei den Besatzungsmächten über den vorgeschobenen Bezirkseinkäufer einheitlich zu steuern. In solchen Fällen wird man daher auch die Folgenverträge der verbotenen und damit unwirksamen Kartellabsprache infolge der Partei- und Zweckidentität als unwirksam zu behandeln haben.

Der Versuch, mit gleichen Erwägungen die Entscheidung im Zementfall zu stützen[4], mußte dagegen mißlingen. Die ständige Geschäftsverbindung des Zementgroßhändlers mit den Verkaufsstellen des Syndikats kann ihrerseits noch nicht eine Kartellabrede nahelegen, die dann auch die Unwirksamkeit der Lieferverträge nach sich ziehen müßte. Ebensowenig überzeugend ist die Begründung Deringers[5], daß dort, wo beide Partner den Einzelvertrag in bewußtem Zusammenwirken als Teil eines ganzen Systems zur Beschränkung des Wettbewerbs benutzen, die Ungültigkeit der horizontalen Absprache auch den Einzelvertrag erfaßt. Die

---

3) OLG München vom 4.5.1951 ("Altgummi Großhandel") in WuW/E OLG 14.
4) Im Spediteurfall WuW/E BGH 153.
5) WuW 56, 1714.

Zweckübereinstimmung allein macht den Außenstehenden nicht zur Kartellpartei, und ohne Einzelbeschränkungen ist eine Zuordnung zu einem wettbewerbsbeschränkenden System nicht berechtigt.

Unter solchen Voraussetzungen lassen sich dann auch Fälle besonders schwerwiegender Wettbewerbsbeeinträchtigung, wie sie sich zum Beispiel in dem nach amerikanischem Recht entschiedenen Continental Fall zeigen, befriedigend lösen. Hier handelte es sich um eine systembedingte Verkettung horizontaler und vertikaler Bindungen, welcher selbst, ebenso wie den zu ihrer Durchführung bestimmten Einzelabschlüssen, die Rechtsordnung einheitlich die Verbindlichkeit absprechen mußte.

Im Normalfall dagegen bleibt es bei einer selbständigen und unabhängigen Funktion des Einzelvertrages, die diesen auch deswegen nicht mit dem Kartellvertrag zu einer Einheit verschmilzt, weil ein Vertragspartner gleichzeitig Kartellpartner ist.

II. Reflexwirkungen des Kartellvertrages

Während sich im vorangegangenen Abschnitt gezeigt hat, daß eine Verknüpfung über einseitige Parteiidentität nicht ausreicht, den Bestand des Einzelvertrages anzugreifen, steht nunmehr zur Untersuchung, ob sich aus entsprechender inhaltlicher Übereinstimmung des Kartell- und des Einzelvertrages eine engere Verbindung mit weitreichenderen rechtlichen Folgen herstellen lassen kann. Dabei kommt es darauf an, die Verknüpfung für den allgemeinsten Fall zu begründen, also für Umstände, in denen der Einzelvertrag keinerlei bezugnehmende Bestandteile aufweist und sich die Außenwirkung des Kartellvertrages allein auf dessen bloße Existenz gründet. Dies aber muß unmöglich erscheinen, solange nicht dem Kartellvertrag eine über die bloße Bindung der Vertragsparteien hinausreichende Wirkung zukommt.

1. Die Kartellvereinbarung als Normenvertrag

Zur Begründung einer solchen sich über die Schranken rechtsgeschäftlicher Beziehungen hinwegsetzenden Außenwirkung hat in der neueren Kartelldiskussion der Begriff des Normenvertrages oder des Vertrages mit normähnlichem Charakter eine oft mißverstandene und insgesamt unheilvolle Rolle gespielt[6]. So hat vor allem

---

6) Außer in den im Folgenden näher behandelten Beiträgen taucht der Begriff auf bei: Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956, S. 28. Ähnlich irreführend ist auch die Terminologie des BGH von der "fertig bereitliegenden Rechtsordnung" (bereits BGHZ 1, 83, 86). Dabei hätte bereits der Hinweis von Hueck,

Lukes seine wesensmäßige Bestimmung des Kartellvertrages aus dessen Außenwirkung auf Nicht-Vertragsparteien abgeleitet, wobei er den "regelaufstellenden Kartellen" faktische Normkraft zuerkennt[7]. In ähnlicher Weise mißt auch Biedenkopf dem von ihm als marktordnend bezeichneten Kartellvertrag normierende Kraft bei[8].

Ganz unabhängig von der Berechtigung solcher Klassifizierung[9], die noch genauer zu prüfen sein wird, läßt sich daraus jedenfalls für unseren Fallbereich der verbotenen und damit unwirksamen Kartellvereinbarung eine Verbindung mit dem Einzelvertrag nicht ableiten. Das Anliegen der Untersuchungen und Theorien zum Normenvertrag, die bei Ihering[10] ihren Ausgangspunkt[11], bei Hueck[12] ihre Grundlegung und bei Raiser[13] eine praktische Einordnung fanden, bestand entscheidend darin, fehlende rechtsgeschäftliche Einzelvereinbarungen aus den Bestimmungen der generell für die Einzelvertragsbeziehungen gemünzten, im voraus festgelegten Regelungen zu ergänzen. Weder Rechtsprechung[14], noch Lehre, die noch zu allerhand kühnen Konstruktionen aus gleichem Bestreben ihre Zuflucht suchte[15], konnten sich zu einem solchen Schritt bereit finden. Dabei müßte ein Vergleich mit der hier gesuchten Verbindung und gegenseitigen Einwirkung zwischen Kartell- und Einzelvertrag diesen Schritt noch bescheiden erscheinen lassen.

AcP 73, 36, daß man statt von Normen auch von Vertragsbedingungen sprechen könnte, zur Vorsicht bei der Verwendung des Begriffs mahnen sollen.

7) Lukes, Der Kartellvertrag. Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen, München und Berlin, 1959.

8) Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg, 1958.

9) Ausdrücklich verneint im Urteil des OLG Düsseldorf vom 9.12.54 (Essener Abkommen) WuW/E OLG 86 und im Urteil des BGH vom 26.10.61, NJW 62, 198.

10) Ihering, Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen, Jh. Jb. Bd. 10, 245.

11) Dabei "übermannte" ihn, nach seinem eigenen Eingeständnis mehrfach das Gefühl des Unbehagens, a.a.O., S. 247.

12) Hueck, Alfred, Normenverträge, Jh. Jb. Bd. 73, 33.

13) Raiser, Das Recht der AGB, 1935, und ders., Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit in Festschrift zum 100jährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. I S. 101 ff.

14) Ein praktisches Problem bestand darin, den Geltungsgrund der AGB für den Einzelvertrag zu ermitteln. Vgl. BGHZ 1, 83 (86); 3, 200 (203); 9, 1 (3); 12, 136 (142).

15) Vgl. dazu die Übersicht bei Krause, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, BB 1955, 265, sowie Ballerstedt, Ein

während die Schöpfung des Normenvertrages dazu dienen sollte, Einzelverträge im Zweifel inhaltlich den Rahmenverträgen entsprechend auszulegen, würde sie hier in einer geradezu entgegengesetzten Funktion mißbraucht. Es ginge hier nicht mehr darum, eine Konformität zwischen Einzel- und Rahmenvertrag zu begründen, sondern im Gegenteil darum, aus der Unwirksamkeit des Rahmen-, hier des Kartellvertrages, auf die Unwirksamkeit des ihm zugeordneten Einzelvertrages zu schließen. Selbst wenn sich aus dem Kartellvertrag eine Ergänzungswirkung für die Einzelbeziehung im Sinne der angedeuteten Theorien des Normenvertrages begründen lassen könnte, passen entsprechende Überlegungen nicht für den Fall, daß die Unwirksamkeit des Kartellvertrages auf den Einzelvertrag ausstrahlen könnte. Erwägenswert wäre dann allein, daß die hier unterstellte Ergänzungswirkung des Kartellvertrages infolge seiner Unwirksamkeit entfallen müßte; er könnte aber nicht etwa als unwirksames Rechtsgeschäft sich zumindest negativ dahingehend auswirken, alle entsprechenden Einzelverträge mit derselben Unwirksamkeitsfolge zu belasten. Gelingt dieser Schluß schon selbst dann nicht, wenn er auf der Hypothese des Normenvertrages aufbaut, so muß er bereits außerhalb des Bereichs erwägenswerter Verknüpfungsversuche eingestuft werden, solange der Normenvertrag selbst auf Ablehnung stößt.

Überlegungen aus diesem Bereich könnten allein in dem umgekehrten Fall Bedeutung gewinnen, in dem ein Einzelvertrag nicht der mit dem GWB vereinbarten Kartellabsprache entsprechen würde; hier ließe sich dann überlegen, ob die Kartellbedingungen kraft Normierungswirkung jedenfalls zum Bestandteil des Einzelvertrages werden, oder ob eine etwaige Nichtbeachtung der Kartellverpflichtungen durch einen Kartellpartner auch den unter solchem Vertragsbruch zustandegekommenen Einzelvertrag hinfällig werden läßt, was wohl abzulehnen [17], hier aber nicht weiter zu vertiefen ist.

2. Kartellvertrag und Privatautonomie

Da weder einseitige Partei-, noch Inhaltsidentität eine rechtlich beachtliche Verbindung zwischen beiden Verträgen herstellen, erscheint als letzte Möglichkeit einer in weiterem Sinn verstandenen Reflexwirkung prüfenswert, ob die Kartellpartner zufolge ihrer verbotswidrigen Absprache, die selbst ohne rechtliche Bindung

---

zelvertrag, S.269, 2. Sp. In dieser Richtung verläuft auch die Lehre von Lukes (a.a.O., S.230) über die Ergänzungsfunktion tatsächlicher Normen.

16) Vertragsergänzung auf der Basis stillschweigender Anerkennung, unterlassenen Widerspruchs oder verkehrssittegemäßer Vereinbarung.

17) Entsprechend Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S.212 für den Fall des Vertragsbruchs bei der Ausschließlichkeitsbindung.

und Anerkennung bleibt, nicht auch für jede weitere Folgehandlung des Rechtsschutzes verlustig gehen.

a) Funktionsvoraussetzungen der Vertragsfreiheit

Die rechtsgestaltende Kraft privater Willensbildung beruht auf der Anerkennung der als Persönlichkeitswert zu verstehenden Privatautonomie in einer die Vertragsfreiheit verbürgenden Rechtsordnung[18]. Dieses Bekenntnis zu privatautonomer Vertragsgestaltung ist begründet in der Idee, daß auch die im Vertrag aufeinandertreffenden verschiedenartigen Einzelinteressen eine Tendenz zu gerechtem Ausgleich zeigen, daß durch den Widerstreit zwischen Vor- und Nachteil eine Einwirkung zum Richtigen hin verbürgt sei[19]. Elementare Voraussetzung solchen Vertragsverständnisses muß aber eine ebenbürtige Einwirkungsmöglichkeit[20] beider Vertragspartner sein, bei deren Fehlen die Richtigkeitsgewähr des gegenseitigen Aushandelns nicht gewahrt bleibt[21]. Aufgabe und Zweck des Kartellvertrages ist es nun gerade, die Verhandlungsposition seiner Teilnehmer oder bei strafferer Organisation die des Syndikates gegen den Druck des Aushandelns von Seiten künftiger Vertragsgegner abzusichern[22]. Die Kartellbindung strebt also eine gewillkürte da einseitige Veränderung der Ebenbürtigkeitsverhältnisse an. Die Privatautonomie wird hier zur Selbstzerstörung ihrer Funktionsvoraussetzungen mißbraucht, was keine billigenswerte Vertragsaufgabe sein darf[23]. Müßten wir also bereits aus diesen

---

18) Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 58, 1, der auf die diese Beziehung veranschaulichende Regelung des Art. 1134 code civil verweist: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites."

19) Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 130 (153).
Krause, a.a.O. spricht von der "Richtigkeitskontrolle des Aushandelns". Die Ansicht Schmidt-Rimpler's ist übernommen und weiterentwickelt bei Reinhardt, Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrage, in Festschrift für Schmidt Rimpler (1957), S. 115 ff.

20) Die verhängnisvolle Unzulänglichkeit bloßer Formalerfordernisse ist bereits bei Raiser, Das Recht der AGB, 1935, S. 74 herausgestrichen.
Über die Entwicklung von formaler Rechtsgleichheit zu materieller Funktionsgleichheit als Voraussetzungen einer die Vertragsordnung rechtfertigenden Vertragsgerechtigkeit, Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 58, 1 (2/3) und ders. Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, a.a.O. S. 130 ff.

21) Dilcher, Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 60, 1040.

22) Das Ausmaß einseitiger Durchsetzbarkeit von Marktbedingungen ist eine Funktion der "bargaining power" (Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 124), die durch den Zusammenschluß geschaffen werden soll.

23) Im Ansatz bereits bei Raiser, Das Recht der AGB, S. 284, entwickelt dann bei

Gründen den Kartellvertrag von rechtlicher Durchsetzbarkeit ausschließen[24], wofür § 1 GWB als notwendige Klarstellung und Grenzziehung verstanden werden könne, so besagt auch dies unmittelbar für die Wirksamkeit des Einzelvertrages nichts. Dieser selbst weist ja nicht mehr die funktionswidrigen Elemente zur Störung vertraglicher Ebenbürtigkeit auf, sondern läßt allein deswegen Zweifel an der Berechtigung seiner Bindung und Durchsetzbarkeit zu, weil er unter Umständen zustandekam, die die Einwirkung zum Interessenausgleich nicht mehr gewährleisteten[25]. So weit kann aber schon allein aus Verkehrsinteressen keine Vertragstheorie gehen, sondern muß im Gegenteil auch solche Verträge sanktionieren, die nicht unter den idealen Voraussetzungen einer Richtigkeitsgewähr zustandekamen[26], wobei Vielzahl und Abweichungen nach beiden Seiten die Vertragsfunktion als weiterhin gewahrt erscheinen lassen[27]. Nur in besonders krassen Fällen eines Mißverhältnisses der Verhandlungspositionen, das sich in einer unbilligen Diskrepanz der vertraglichen Leistungen ausdrückt, wird die Rechtsordnung durch Sonderbestimmung, wie sie etwa ehemals § 10 KVO vorgesehen hatte, oder durch eine ausfüllungsbedürftige und damit anpassungsfähige Generalklausel, etwa in der Form des § 138 BGB, ihren Schutz versagen[28].

Gerade diesem Prinzip scheint auch das GWB gefolgt zu sein, das einmal dem Kartellvertrag wenigstens generell die Rechtswirksamkeit versagt, den zweiten

---

Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, S.132, 133. Im Ergebnis gleich, aber in der Begründung rechtspositivistisch Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des dt. Juristentags, Bd.I, S.144. Entsprechend versuchte auch die alte Common Law Rechtsprechung im Kartellabschluß einen verbotenen Mißbrauch der vom Staat erteilten Konzession zur Gewerbeausübung zu sehen.

24) Folgerichtig Schmidt-Rimpler, a.a.O., S.157 unter Ziff. 6.

25) Insoweit sprechen ausländische Rechtsordnungen anschaulich von "contrats d'adhésion" oder "adhesion contracts".

26) Auch Schmidt-Rimpler, a.a.O., S.158 hält in solchen Fällen eine Nichtigkeitsfolge weder für erwünscht noch für notwendig. Ein Festhalten an der vertraglich vereinbarten Rechtsfolge unter vermögensmäßigem Ausgleich der Unrichtigkeit erscheint als angemessener Ersatz.

27) Dies kann nicht nur, wie Biedenkopf annimmt (Wettbewerbsbeschränkung, S. 108) für die Fälle gelten, in denen die Vertragsvereinbarung allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen nicht entspricht, sondern muß auch dann anerkannt werden, wenn die Funktionsvoraussetzungen des Vertragsmechanismus im Einzelfall nicht gewahrt waren.

28) Insofern ist das heutige Vertragsrecht einer materialen Einzelfallgerechtigkeit nicht mehr verpflichtet und kennt keine Orientierung mehr am iustum pretium des römischen Rechts. Es bewegt sich vielmehr auf der weit elastischeren Grenz-

Grundsatz aber, ohne über die Folgenverträge selbst etwas ausdrücklich zu bestimmen, in § 22 GWB verankert hat, wo den Verträgen marktbeherrschender Unternehmen nicht schon allein wegen deren Übergewicht in der Verhandlungsposition die Anerkennung versagt bleibt, sondern diese erst in Mißbrauchsfällen für unwirksam erklärt werden sollen[29]. Ohne Sonderumstände ist daher der Einzelvertrag auch unter dem Blickwinkel seiner Vertragsfunktion als wirksam anzuerkennen.

b) Zuständigkeitsschranken der Privatautonomie

Nun gehen aber vor allem Biedenkopf und Lukes [30] noch weiter. Sie beurteilen beide den Kartellvertrag nicht mehr allein nach seiner Funktion gemessen an den Prinzipien der Vertragsfreiheit, sondern überprüfen ihn im Rahmen der Zuständigkeitsordnung der Privatautonomie[31], wobei sie einen weiterreichenden Ansatz darin suchen, daß sie den Kartellvertrag der Gruppe einseitiger Normenverträge unterordnen und ihm eine Normkraft, wenn auch eine solche eigener Art[32] zuerkennen. Biedenkopf sieht daher im Kartellabschluß eine Überschreitung privatrechtlicher Zuständigkeit[33]; da die einseitigen Normenverträge[34] einen Eingriff in den privatrechtlichen Interessenausgleich darstellten, bedürften sie einer Ermächtigung des zur Ordnung sozialer Beziehungen zuständigen Rechts; jenseits privatparteilicher Zuständigkeiten seien sie mit dem Grundsatz der Privatautonomie nicht mehr zu vereinbaren und daher von diesem auch nicht gedeckt[35].

---

linie zwischen Freiheit und sozialer Gerechtigkeit, in deren Spannungsverhältnis Bestehen und Ausübung privater Wirtschaftsmacht von größter Bedeutung sind.

29) Dabei ist eine solche Verwaltungsmaßnahme der Kartellbehörde dann im Interesse der Betroffenen einer genauen verfahrensrechtlichen Regelung unterstellt, §§ 56 III, 58 IV, 59, 61, 62, 63 II, 73 GWB.

30) siehe Anm. 7 und 8.

31) Zur Abgrenzung und Unterscheidung zwischen Vertragsfreiheit und Privatautonomie vgl. Enneccerus-Nipperdey § 49 I und die dort angeführte Literatur, sowie Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 149/50.

32) Die wissenschaftliche Vorarbeit für ihre These ist insbesondere auf dem Gebiet der AGB geleistet, wo der Gegensatz zwischen Vertrag und Norm, der sich bei unabhängiger dogmatischer und soziologischer Betrachtung ergeben muß, bereits durch die Anerkennung der Revisibilität der AGB überbrückt ist. Vgl. die Zusammenstellung bei v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Auflg., 1956.

33) A.a.O., S. 130.

34) Zum Begriff des Normenvertrages bei Biedenkopf, a.a.O., S. 116.

35) Ansätze zu dieser These finden sich bereits in "Freiheitliche Ordnung", S. 3

Hierbei gewinnt vor allem die Überlegung Gewicht, daß der Vertrag sich nicht in der Regelung einer privaten Angelegenheit erschöpft, sondern darüber hinaus zu einer sozialen Institution[36] wird und die Belange der Allgemeinheit berührt. Dabei unterliegt er dann auch notwendig der Kontrolle durch die jeweilige Gesellschaftsordnung[37], die diese durch Erweiterung oder Beschränkung der Parteiautonomie ausüben kann. Sieht man im GWB die Ausübung solcher Kontrolle, so bedarf es darüber hinaus keiner Zuflucht zum die immanente Zuständigkeitsordnung der Privatautonomie überschreitenden Normenvertrag[38].

Der Umstand, daß die Gleichstellung des marktordnenden Vertrages mit dem

---

die dann in "Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung", insbes. S. 130 ff., eingehender weiterentwickelt wurden. Die dogmatische Einordnung des "selbstgeschaffenen Rechts der Wirtschaft" (Großmann-Doerth, 1933) ist ein altes Anliegen der Zivil- und Wirtschaftsrechtswissenschaft, vgl. dazu die Übersicht mit umfassender Literaturangabe im 1. Teil der Arbeit von Lukes, Der Kartellvertrag.

36) Kessler, Freiheit und Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht, in Festschrift für M. Wolff, S. 78.

37) Entsprechende Überlegungen sind auch zum amerikanischen Antitrustrecht angestellt worden. Vgl. Louis B. Schwartz in Att. Gen. Rep. S. 2: "Power to regulate prices is governing power, whether exercised by public officials or by private groups. In a democracy such powers are entrusted only to elected representatives of the governed."

38) Das unter vielfältigen Einflüssen als Mittellösung zustandegekommene GWB kann dabei sicherlich nicht als die Fixierung "immanenter Grenzen" der Privatautonomie (so Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 143) verstanden werden; eine solche Idealisierung eines wirtschaftslenkenden Gesetzes wäre ebenso verfehlt wie seine Ausrichtung am Modellwettbewerb. Ebensowenig erscheint es vertretbar, die für den Fall der Anerkennung dieser Funktion notwendige Gleichsetzung zwischen relevanter Normierungswirkung und Marktbeeinflussung vorzunehmen. Zwar ist Biedenkopf (a. a. O., S. 176) zuzugeben, daß durch den Verzicht der "wesentlichen Wettbewerbsbeschränkung eine quantitative Begrenzung vermieden wurde. Aber auch schon die jetzt vom BKartA vorgenommene Einteilung in schützenswerten und nicht schützenswerten Wettbewerb (vgl. Fikentscher WuW 61, 800) macht die Gleichstellung ebenfalls unmöglich.

Normenvertrag[39] sowohl dogmatisch als auch terminologisch verfehlt ist[40], zeigt sich vielmehr bereits bei den Folgerungen für unseren Problembereich. Biedenkopf läßt es an der für seine begriffliche Systematik notwendigen Konsequenzen fehlen, wenn er einmal verlangt, daß auch die Normen jeweils noch der Parteisanktion im Einzelfall bedürfen[41], und zum anderen nicht etwa so weit geht, daß durch die Überschreitung privatrechtlicher Zuständigkeit auch die solcher Sonderrechtsordnung entsprechenden Verträge aus dem Ordnungsbereich der Vertragsfreiheit fallen und daher ohne einzelgesetzliche Ermächtigung an die Vertragsparteien unwirksam sind[42]. Auch das weiter denkbare Argument, daß derjenige, der sich über die zuständigkeitsordnenden Schranken der Privatrechtsordnung hinweggesetzt habe, dadurch auch für alle damit in Zusammenhang stehenden Geschäfte die Privilegien der Privatautonomie verwirkt habe, muß ausscheiden, da eine solche Idee der generellen Verwirkung mit dem System unseres Privat- und Vertragsrechtes nicht vereinbar erscheint. Biedenkopf scheint der Uferlosigkeit einer solchen Weiterentwicklung selbst dadurch vorbeugen zu wollen, daß er die Toleranzen für Einzel- und Normenvertrag verschieden groß ansetzt[43] und daher einer schematischen Auswirkung der Fehlerquellen des Kartellvertrages auf den Einzelvertrag einen Riegel vorschiebt.

Auch schon mit diesen knappen Andeutungen erscheint daher erwiesen, daß sowohl unter Berücksichtigung der Lehre von Schmidt-Rimpler über die Funktions-

---

39) Die Parallele zu den Normenverträgen ist schon allein deswegen unglücklich gewählt, weil damit über ihre Wirkungen gegenüber den Einzelverträgen noch gar nichts ausgesagt ist. Bereits A. Hueck, Jh. Jb. 73, 47 unterscheidet drei Grundkategorien: 1. Richtlinienverträge, 2. Schuldrechtliche Normenverträge, 3. Rechtsverbindliche Normenverträge, von denen nur die letzte, für den Kartellvertrag nicht passende Form, die von Biedenkopf geltend gemachten Einwände rechtfertigen könnte. Als lediglich "schuldrechtlicher Normenvertrag" richtet sich der Kartellvertrag dagegen ausschließlich an die Vertragspartner und die Frage seiner Anerkennung tritt aus dem Problemkreis, inwieweit machtbildenden Verträgen Rechtsschutz zu versagen ist, nicht hinaus.

40) So auch Fikentscher, Wettbewerb, S. 94 und Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, S. 112/113.

41) A.a.O., S. 158.

42) Im Gegenteil scheint Biedenkopf (S. 132) die Beachtung der Grenzen der Privatautonomie für Normen- und Einzelvertrag jeweils unabhängig zu prüfen.

43) A.a.O., S. 142.

voraussetzungen der Privatautonomie, die in der Arbeit von Raiser über die Vertragsfunktionen[44] unter Einbeziehung sozialstaatlicher Gesichtspunkte der heutigen Gesellschaftsordnung eine Weiterbildung zu einem neuen Maßstab für die Verbindlichkeit von Privatverträgen erfahren hat, als auch nach der Biedenkopf'schen These, die sich an rechtlicher Zuständigkeit ausrichtet, keine für die Einzelvertragsbindung verschiedenartigen Folgerungen abgeleitet werden können. Diese widersteht vielmehr auch diesen Versuchen der Begründung einheitlicher rechtlicher Beurteilung mit dem Kartellvertrag und muß daher nun im Fortgang als eigenständige Rechtsbeziehung auf ihre Verbindlichkeit geprüft werden.

III. Einzelvertrag und Verbotsbestimmungen

1. Verbote mit unmittelbarer Rechtsfolge

Während wir bisher untersucht haben, ob sich eine Betroffenheit des Einzelvertrages aus der Verknüpfung mit dem unwirksamen Kartellvertrag ergeben kann, steht hier nun in Frage, ob nicht der Einzelvertrag selbst einer sondergesetzlichen Regelung unterstellt werden muß, die Verträge mit wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen betrifft.

Daß solche Verträge vielfach einer von der unmittelbaren Kartellbeziehung unabhängigen Beurteilung bedürfen, deutete sich bereits in den vorausgehenden Untersuchungen an. Dementsprechend sah beispielsweise die Kartellverordnung von 1923 im § 10 auch ein besonderes Verfahren vor, wonach durch Entscheidung des Kartellgerichts den beschwerten Einzelvertragsparteien ein Rücktrittsrecht zugestanden wurde. Diese Möglichkeit einer Staatsaufsicht über Einzelverträge bestand unabhängig davon, welche Schritte der Reichswirtschaftsminister gegen das Kartell selbst eingeleitet hatte - abgesehen davon, daß sie sich auch auf die Überprüfung von Geschäftsbedingungen oder Arten der Preisfestsetzung von Trusts, Interessengemeinschaften und anderen kapitalistischen Unternehmenszusammenfassungen erstreckte -; sie unterstreicht die eigenständige Bedeutung des Einzelvertrages. Unter Beachtung der unterschiedlichen Rechtsfolgen nach KVO und GWB müßte ihr heute eine unmittelbare Einflußmöglichkeit entsprechen. Die gleiche Frage taucht dann auch wieder zur Geltungszeit der Dekartellierungsbestimmungen auf, und so meinte beispielsweise Würdinger[45], daß ebenso wie der Abschluß von Wettbewerbsbeschränkungen auch deren freiwillige Befolgung ein unzulässiges Verhalten darstelle, wo-

---

44) Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit in Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. I, S. 101-134.

45) MDR 52, 129.

bei er jedoch die weitere Frage nach einer befriedigenderen Sanktion offenläßt.

Mit entsprechenden Überlegungen, die dem Einzelvertrag selbst wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zuerkannten, gaben sich die Versuche, das Zementurteil zu rechtfertigen, den Anschein der Überzeugung, und auch die Spediteurentscheidung hielt es für notwendig, ausdrücklich klarzustellen, daß der Einzelvertrag an und für sich und abgesehen von seiner Beziehung zu horizontaler Vereinbarung keine selbständigen wettbewerbsbeschränkenden Elemente enthalte. Nun dachte der BGH in diesem Zusammenhang allerdings weniger an eine mögliche Beurteilung des Einzelvertrags als Kartellvertrag, was, wie schon oben § 2 I deutlich wurde, nur unter außergewöhnlichen Umständen in Frage kommen kann; es ging ihm vielmehr um die typisch wettbewerbsbeschränkenden Klauseln in Individualverträgen, wie Preisbindungs- oder Ausschließlichkeitsvereinbarunge die dann aber zumindest konstruktiv unabhängig von der Kartellabsprache einen eigenen Unrechtstatbestand bilden. Nun darf allerdings nicht übersehen werden, daß die Kartellbeziehung für die Tatbestandsmäßigkeit der sonstigen Verträge gem. §§ 15 ff GWB insofern eine bedeutsame Rolle spielt, als die Wettbewerbsverhältnisse auf der Horizontalebene vielfach die Zulässigkeit der Vertikalabspra chen bestimmen[46]. Insoweit offenbart sich zwar eine Rückbeziehung auf die Ka tellabsprache, die jedoch nur im Rahmen eines an Sondervoraussetzungen anknüpfenden selbständigen Tatbestandes Bedeutung erlangt. Darüber hinaus finden sich aber keine Verbotsvorschriften mit eigener Sanktionsandrohung, die auf das Einzelvertragsverhältnis passen.

2. Verbote im Rahmen der Umschaltnorm des § 134 BGB

Damit gelangen wir zu guter letzt zu der Überprüfung möglicher Verbotsvorschriften, die im Zusammenwirken mit § 134 BGB die Wirksamkeit des Einzelver trages antasten können.

a) Als solche Bestimmung kommt nun aber § 1 GWB selbst nicht in Betracht. Von der Streitfrage, ob dem Rechtsschutzverweigerungstatbestand überhaupt eine Verbotsbestimmung entnommen werden kann, zunächst einmal abgesehen[47], lie gen beim Einzelvertragsabschluß, wie bereits erwähnt, die besonderen Tatbestan voraussetzungen schon gar nicht vor, während es im umgekehrten Falle nicht erst des Umweges über § 134 BGB bedürfte.

---

46) Allein insoweit ist es berechtigt, von einem kombinierten Sachverhalt zu sprechen (Strickrodt, Lieferverträge, S. 87).

47) Dazu ist später noch genauer Stellung zu nehmen. 6. Kap. § 1, I, 1 d (2).

b) Als Mittel zur Abwehr faktischer Durchsetzung eines verbotswidrigen Kartellvertrages entschied sich der Gesetzgeber für die Bußgeldandrohung des § 38 Abs. I S. 1 in Verbindung mit Abs. III dieser Bestimmung, die gegen ein vorsätzliches Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit eines dem § 1 GWB unterliegenden Vertrages gerichtet ist. Damit ist an das Verhalten zumindest eines Vertragspartners beim Abschluß des Einzelvertrages eine Sanktionsdrohung geknüpft[48], die uns möglicherweise auch Aufschluß über zivilrechtliche Auswirkungen geben kann.

(1) Der gemeinsame Ansatzpunkt bietet sich in dem Begriff des Hinwegsetzens an, den wir zunächst genauer zu erfassen suchen müssen. Nach den bisherigen Darlegungen könnte es sicherlich nicht genügen, daß ein Hinwegsetzen immer schon dann vorliegt, wenn Einzelvertrag und Kartellvertrag sich inhaltlich entsprechen. Andererseits müßten aber auch die Anforderungen als zu weitgehend erachtet werden, die das Hinwegsetzen mit einem kartellbedingten unausweichlichen Zwang für den Vertragspartner gleichsetzen würden. Daher bewegt sich auch die Begriffsbestimmung des BGH[49] auf einer mittleren Linie; das Gericht versteht unter Hinwegsetzen ein Verhalten, das darauf abzielt, dem kraft Gesetzes unwirksamen Vertrag gleichwohl Geltung zu verschaffen; nur wenn die Abgabe des Einzelvertragsangebotes auf Grund eines neuen selbständigen Entschlusses erfolgt, entfällt das Tatbestandsmerkmal des Hinwegsetzens.

Der BGH hat sich bei dieser Abgrenzung offensichtlich an die in der Begründung zum Reg. Entwurf[50] zu findende Anleitung gehalten, für die Begriffsauslegung die Ergebnisse der bisherigen Rechtsprechung zu verwerten, die sich für § 17 KVO vor derselben Aufgabe sah[51].

Allerdings bleibt zu beachten, daß der BGH bewußt oder unbewußt den Motiven des verbotswidrig Handelnden eine ungerechtfertigte Bedeutung beimißt, wo-

---

48) Günther, MA 1959, 269 (270) bezeichnet den Grundsatz des § 1 GWB als eine Rechtsschutzverweigerung mit Sanktionsdrohung.

49) Beschluß vom 7.10.59, WuW/E BGH 352 (353), ("Nullpreis II"), ebenso bereits früher OLG Schleswig, WuW/E OLG 236 ("Nullpreis"), wo es heißt: "Der Betr. hat sich über die Unwirksamkeit des Vertrages dadurch hinweggesetzt, daß er entsprechend dieser Absprache und im Vertrauen auf die Schutzangebote der anderen Firmen das Angebot zu dem festgesetzten Nullpreis abgab."

50) BT-Drucksache 1158 Anlage 1 zu § 31 1, im Gemeinschaftskommentar, S. 1103.

51) Vgl. dazu 2 Entscheidungen des KG in KR 1929, 213 und KR 1932, 476, zitiert nach Müllensiefen-Dörinkel, Kartellrecht, 1938, IX, 2; außerdem Breslauer in KR 1927, 64 und Isay-Tschierschky, Kommentar zum Kartellgesetz, 1925, zu § 17.

gegen die Entstehungsgeschichte der Bestimmung doch klarstellt, daß die Mißachtung der Kartellunwirksamkeit zwar bewußt erfolgen muß, die weitere Absicht, gerade dadurch der unverbindlichen Absprache dennoch faktische Geltung zu verschaffen, aber nicht erforderlich ist[52].

Muß somit im Hinwegsetzen ein Verhalten gesehen werden, das gerade in der Beziehung auf einen Kartellvertrag seine Begründung findet[53], so kann durch ein entsprechend elastische Begriffsauslegung in beschränktem Maße auch einer verschieden starken, faktischen Außenwirkung des Kartellvertrages Rechnung getragen werden.

Für eine solche Abwägung drängt sich hier zunächst die allerdings mehr theoretisch als praktisch bedeutsame Unterteilung in die von Lukes[54] als regelnde und marktaufteilende Verträge bezeichneten Kartelle auf. Bei den regelaufstellenden Kartellen wird ein Hinwegsetzen gewöhnlich schon im bloßen Abschluß entsprechender Einzelverträge zu sehen sein, es sei denn der Kartellpartner vermag den Beweis zu erbringen, daß die Ausgestaltung des Einzelvertrages durch die Kartellabsprache überhaupt nicht oder wenigstens nur ganz unwesentlich beeinflußt wurde. Dagegen wird man im Zusammenhang mit einteilenden Kartellen (z.B. Gebietsaufteilungsabsprachen), die selbst keine weiteren Bestimmungen über die Einzelvertragsgestaltung enthalten - was allerdings regelmäßig der Fall sein wird -, nicht schon in jedem Vertragsschluß, der der Marktaufteilung nicht widerspricht, ein Hinwegsetzen sehen können. Das vereinbarte Verhalten besteht hier anders als bei Preis- und Konditionenkartellen, nicht in einer positiven Pflicht, sondern ausschließlich in einer Unterlassung und zwar dem Verzicht, in bestimmten Gebieten Geschäfte zu machen. Darum wird man hier ein Hinwegsetzen auch nur dann annehmen können, wenn sich der Kartellpartner an sein Unterlassungsversprechen hält und beispielsweise die Belieferung ihm nicht zugeteilter Gebiete verweigert. Dagegen kann dem Kartellpartner, der Einzelverträge abschließt, die ohne die Aufteilung nicht ihm, sondern einem anderen Kartellmitglied zugefallen wären, der Vorwurf des Hinwegsetzens nicht gemacht werden; hier trifft der Vorwurf allein denjenigen, der im Hinblick auf die Einteilung ein Angebot ausgeschlagen hat, und der ver-

---

52) Der Bundesrat hatte entgegen dem Regierungsentwurf vorgeschlagen, die Worte "über die Unwirksamkeit hinwegsetzt" durch "in Kenntnis der Unwirksamkeit ausführt" zu ersetzen (BT-Drucksache 1158 Anlage 2 Nr. 33, Gemeinschaftskommentar, S. 1139); am Ende wurde aber doch der Begriff "hinwegsetzt" als der weiterreichende bevorzugt.

53) So auch die Literatur: Coper, Bußgeld- und Zuständigkeitsregelung im Kartellgesetz JR 58, 8; Benisch, Kartellverbot und konformes Marktverhalten, DB 59, 451 (453); der allerdings ebenfalls zusätzlich wesentlich auf die Motivierung des Handelns abstellt.

54) Der Kartellvertrag, S. 151, 167 ff., 191 ff.

tragschließende Kartellpartner kommt erst wieder dann mit dem Gesetz in Konflikt, wenn er die durch die Aufteilung geschaffene konkurrenzlose Situation ausnützt und beispielsweise durch anderweitig nicht gerechtfertigte Preiserhöhungen den eigentlichen Vertragszielen des Kartells Erfolg und Geltung verschafft.

Nun dürften allerdings solche Fälle nicht sehr praktisch werden, da auch marktaufteilende Absprachen regelmäßig mit weiteren positiven Vertragspflichten gekoppelt sein werden, die eine Handhabe für den Vorwurf des Hinwegsetzens abgeben. So bringt z.B. das Submissionskartell eine typische Verbindung regelnder und einteilender Absprachen, wobei kein Zweifel ist, daß der ausgewählte Kartellkontrahent sich bereits durch sein Angebot über die Unwirksamkeit der Vereinbarung hinwegsetzt.

(2) Haben wir somit praktisch befriedigende Kriterien für die Bestimmung des Tatbestandsmerkmals "hinwegsetzen" gewonnen, so steht als nächste Frage zur Entscheidung, ob einer Ordnungswidrigkeiten-Bestimmung überhaupt der Charakter einer Verbotsvorschrift im Rahmen des § 134 BGB eigen sein kann. Die Entscheidung dieser Frage verlangt eine etwas genauere Untersuchung des § 134 selbst.

aa) Das Verständnis des § 134 als ein Verbot mit Subsidiaritätscharakter ist allgemeinüblich[55]. Durch diese Bezeichnung soll zum Ausdruck gebracht werden, daß es sich nicht um eine starre Sanktionsnorm handelt, sondern die rechtlichen Auswirkungen eines verbotswidrigen Verstoßes jeweils mit den Zielen der Verbotsnorm selbst vereinbar sein müssen. Eine zutreffende Beurteilung der Auswirkungen auf das Rechtsgeschäft setzt die richtige Erfassung von Inhalt, Zweck und Anlaß der Verbotsvorschrift voraus[56]. Dagegen erscheint es uns als eine unnötige und dazuhin falsche Doppelarbeit, bereits die Frage, ob es sich bei einer einzelnen Bestimmung überhaupt um ein Verbot im Sinne des Gesetzes handelt, nach Zweckgesichtspunkten zu entscheiden. Leider wird diese Fragestellung überwiegend nicht auseinandergehalten[57], obwohl doch gerade bei einer Berücksichtigung der Zweckgesichtspunkte zur Bestimmung des Verbotscharakters der § 134 die ihm durch die Subsidiaritätsklausel eigene Elastizität, die sich nicht in der Alternative von

---

55) Vgl. Staudinger-Coing zu § 134 Anm. 2; Soergel-Hefermehl zu § 134 Anm. 3; Enneccerus-Nipperdey § 190.

56) Soergel-Hefermehl zu § 134 Anm. 3; RG JW 1931, 2088; BGH LM Nr. 15 zu § 134.

57) Typisch Staudinger-Coing zu § 134 Bem. 2: "Ob ein bestimmter Rechtssatz als Verbotsgesetz anzusehen ist und ob er als Sanktion die Nichtigkeit entgegenstehender Privatrechtsgeschäfte fordert ..., muß aus dem Zweck der betreffenden Einzelnorm abgeleitet werden."

Rechtswirksamkeit und Nichtigkeit erschöpft[58], einbüßt. Allein in den Fällen, in denen die Verbotsvorschrift sich gegen einen bestimmten Rechtsgeschäftsinhalt richtet, erscheint eine einheitliche Überprüfung von Verbot und Subsidiaritätsklausel angebracht, denn die Folgerung, daß ein bestimmter Inhalt verboten sein soll, enthält bereits die Antwort, daß das in Frage stehende Verbotsgesetz auch gerade auf eine solche Folge abzielt. Anders ist dies aber in den Fällen, in denen ausschließlich ein bestimmtes Handeln verboten sein soll, wobei zunächst offen bleiben muß, ob die unter Mißachtung des Verbots erzielten Übereinkünfte dennoch als verbindliche Rechtsgeschäfte anzuerkennen sind[59]. Dies allein entscheidet sich dann nach Zweck- und Zweckmäßigkeitsmaßstäben.

Bekennen wir uns zu dieser systematisch richtigen Abgrenzung, die auch allein einen ausreichenden Spielraum für die gleichfalls bedeutsame Berücksichtigung von Billigkeitsgesichtspunkten[60] erlaubt, so wird auch die Frage, ob Verbote, die sich lediglich an eine Partei richten, zu einer Nichtigkeit des ganzen Vertrags führen können, ins richtige Licht gerückt[61]. Bei Inhaltsverboten kann sich dieses Problem nicht ergeben, während bei bloßen einseitigen Handlungsverboten eine Nichtigkeitsfolge dann anzuerkennen sein wird, wenn das Verbotsgesetz eben den mit dem Rechtsgeschäft bezweckten Erfolg verhindern will. Diesem Ergebnis widerspricht die Untersuchung von Isay [62], der eine Nichtigkeit des Gesamttatbestandes "Rechtsgeschäft" nur dort anerkennen will, wo beide Bestandteile, also beide Willenserklärungen, verboten und daher ungültig sind ; für ihn ist daher eine Vertragsnichtigkeit bei einseitigem Handlungsverstoß ausgeschlossen. Seiner Auslegung des § 134 BGB steht aber die ganz überwiegende herrschende Meinung [63] entgegen, die bereits in der grund-

---

58) Beispielsweise ist die richtige Sanktion bei Verstoß gegen Verbote mit Erlaubnisvorbehalt die schwebende Unwirksamkeit (Staudinger-Coing zu § 134 Bem. 7).

59) Dazu Friedrichs, Gesetzliches Verbot und Nichtigkeit, DR 1924, 121 ff.

60) Langen, Der Ausdruck gesetzliches Verbot in § 134 BGB, Festschrift für Isay, 1956, 320 (333).

61) Vgl. dazu die Angaben bei Ballerstedt, Kartellverbot, S. 269 1. Sp., sowie das Urteil des BGH vom 25.6.1962 in NJW 1962, 2011, wo es heißt: "Aus dem Wortlaut des § 134 BGB folgt nicht, daß die Nichtigkeit nur bei einem Verbot eintreten soll, das sich gegen beide Vertragschließende richtet ... es kommt darauf an, ob nicht auch das einseitige Verbot nach den Umständen geeignet war, die Wirksamkeit der Abmachung zu beeinträchtigen."

62) Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes, 1899.

63) Diese kann sich bereits auf die Motive zum Entwurf des BGB Bd. I, S. 210 zu § 105 und bei Mugdan S. 468 stützen.

legenden Untersuchung von Endemann[64] ihren Niederschlag gefunden hat. Die Möglichkeit, daß auch einseitige Verbotswidrigkeit zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen kann, scheint auch Flume[65] zu übersehen, dessen Vorwurf der Unschlüssigkeit gegen die Argumentation des BGH im Zementurteil darum etwas oberflächlich erscheint. Ballerstedt[66] räumt wenigstens ein, daß sich aus § 134 BGB nicht zwingend ableiten läßt, daß seine Anwendung nur in den Fällen zweiseitigen Verstoßes in Frage kommt, obwohl dies im Regelfall so sein wird. Er vermeidet damit jedenfalls die nachteilige Konsequenz, Straf- oder Verwaltungsverbote schon nicht einmal mehr als Verbote im Sinne des § 134 BGB erfassen zu können.

bb) Für dieses systematisch allein befriedigende Verständnis des § 134 BGB erscheint auch die weitere Unterscheidung in Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, wobei letzteren der Verbotscharakter abgesprochen wird[67], gekünstelt. Das Androhen von Strafe oder Buße ist stets als ein Verbot des bedrohten Handelns anzusehen, wobei es nicht darauf ankommen kann, ob das Verhalten nun als Straftat oder als Verwaltungsunrecht geahndet werden soll[68]. Bei der schon terminologisch sehr unglücklichen Unterscheidung zwischen Verwaltungs- und Justizdelikten handelt es sich keineswegs um scharf abgrenzbare Bereiche verschiedenen Wertgehalts. Die Übergänge sind vielmehr durchaus fließend[69], wofür als überzeugendster Beweis allein die Bestimmung des § 3 Wirtschaftsstrafgesetz[70] angeführt werden kann[71]. Die auf die bloße begriffliche Unterscheidung zwischen Straf- und Ordnungswidrigkeitsbestimmungen gestützten Argumente gegen die Behandlung des § 38 Abs. I S. 1 GWB als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB sind daher nicht überzeugend.

---

64) Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, 1887 und ebenso später im Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 3. und 4. Auflg. 1898, § 9 II S. 39.

65) a.a.O., S. 459. 66) Kartellverbot, S. 269 1. Sp.

67) Jedoch dürfen diese nicht mit bloßen Ordnungsvorschriften verwechselt werden; diese sind schon gar keine Verbotsgesetze.

68) Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht die Entscheidung des BGH vom 14.11.1960 WuW/E BGH 424; das Gericht stellte hier ausdrücklich fest, daß Sinn und Zweck der Bestimmung eine Nichtigkeit nicht erforderten und sich in einer Ordnungsfunktion erschöpfen. Im Sinne des Textes auch Jescheck, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, 457 und Schwartz, I., a. a. O., S. 254.

69) So auch Baur, Der polizeiliche Schutz privater Rechte, JZ 62, 76 2. Sp.

70) Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts WiStG vom 9. Juli 1954 (BGB Bl. I 175) i.d.F. des Ges. vom 19.12.56 (BGBl I 924) und vom 21.12.1958 (BGBl. I, 949). Über die Abgrenzung von Wirtschaftsstraftat und Ordnungswidrigkeit vgl. das Urteil des BGH 5 St.R vom 26.3.1954 in NJW 1955, 351.

71) Die Fehlerhaftigkeit begrifflich schematischer Trennung zeigt sich auch in der

c) In einer Zeit, in der eine übersteigerte Grundrechtsinterpretation die dogmatischen Schranken unserer Zivilrechtsordnung zu sprengen droht, muß der Vollständigkeit wegen wenigstens noch angeführt werden, daß auch die Grundrechtsbestimmungen des BGG, etwa Art. 2 Abs. I, Art. 12 Abs. I oder Art. 14 Abs. I nicht als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB in Frage kommen[72]). Damit ließe sich, soweit Verletzungstatbestände überhaupt erfüllt wären, nur ein ähnlich ungewisser Rechtszustand erreichen, wie wir ihn schon durch Ablehnung der verschiedenen Reflextheorien zu vermeiden suchten.

Somit ist als einzig möglicher, konstruktiver Ansatzpunkt für eine Weiterwirkung der Kartellwidrigkeit auf den Einzelvertrag die Verbindung über §§ 38 Abs. I, S. 1, 134 BGB herausgearbeitet, was in der gesamten bisher verwertbaren Literatur mit allgemeinen Erwägungen grundsätzlicher Art, die Ansatz und Folgen nur unter einem einheitlichen Gesichtspunkt prüften, verschleiert wurde[73]).

3. Die Folgen einseitiger Ordnungswidrigkeit für den Einzelvertrag

Die Auslegung der Bestimmungen mit Verbotscharakter in weitestem Sinn zwingt nun dazu, die materielle Sachproblematik allein im Hinblick auf die Subsidiaritätsklausel zu untersuchen. Hier muß sich entscheiden, ob das Hinwegsetzungsverbot als so wesentlich für die Erreichung der durch das GWB angestrebten Ziele zu beurteilen ist, daß damit auch den unter seiner Mißachtung bewirkten rechtsgeschäftlichen Handlungen die rechtliche Anerkennung zu versagen ist.

Die für eine solche Bestimmung maßgeblichen Überlegungen sind dabei weitgehend bereits im 4. Kapitel vorweggenommen; auf sie kann hier zurückgegriffen werden. Vornehmlich von dem individuellen, wie auch volkswirtschaftlichen Interesse an der Erhaltung des einzelvertraglichen Leistungsanspruchs geleitet,

---

ungelösten Frage möglicher Konkurrenz einer Ordnungswidrigkeit gemäß § 38 Abs. I S. 1 GWB mit einer Straftat gem. §§ 2a, 3 WiSt.G. Vgl. zu dieser hier nicht näher zu erörternden Frage Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar zu §§ 38-43; Ebisch, Das Preisüberhöhungsverbot in § 2a WiStG, WuW 57, 448; Bericht über die Arbeitstagung der Kartellreferenten, WuW 57, 41; Coper, Bußgeld und Zuständigkeitsregelung im Kartellgesetz, JR 1958, 5.

72) Dabei ist von einer echten Drittwirkung, die nicht über die Umschaltnormen des Zivilrechts führt, schon grundsätzlich abgesehen. Vgl. dazu Dürig, Grundrecht und Privatrechtsprechung, Nawiasky Festschrift 1956, S. 183/184.

73) Dabei muß allerdings den Arbeiten, die sich auf den Geltungsbereich der Dekartellierungsbestimmungen beschränkten, zugute gehalten werden, daß diese eine dem § 38, I, 1 GWB vergleichbare Vorschrift nicht kannten.

sowie aus Gründen der Rechtssicherheit und der Verläßlichkeit, des Wirtschaftsablaufes, gelangten wir zu dem Ergebnis, daß eine so durchgreifende Auswirkung des Kartellverstoßes, die die Rechtsgültigkeit des Einzelvertrages aufheben könnte, generell abzulehnen ist. Diese Interessenerwägungen mit dem Schwergewicht auf den Parteibeziehungen müßten im Rahmen der Subsidiaritätsbestimmung des § 134 BGB aber dann zurückstehen, wenn sich mit Sicherheit eine gegenteilige rechtspolitische Absicht aus dem GWB ableiten lassen könnte, die sich vor allem an den Belangen der Allgemeinheit auszurichten hat[74]. Die letzteren erscheinen aus der Sicht des Gesetzgebers durch die Begründung und Sicherung einer Wettbewerbsordnung nach den Vorschriften des GWB gewahrt, das sich, der Verwirklichungsgrenzen einer gesetzlich geschaffenen Ordnung bewußt, mit einer hinter Modellüberlegungen der Ordo-Idee zurückbleibenden Regelung bescheidet. Darin verliert der unter wettbewerbswidrigen Voraussetzungen zustande gekommene Einzelvertrag sehr an Bedeutung für das Gesamtsystem. Das auch trotzdem noch verbleibende Interesse an seiner Annullierung wird jedenfalls stark durch die damit in Kauf zu nehmenden Unzuträglichkeiten für Rechts- und Handelsverkehr überwogen. Die Gefahr, daß Verfälschungen durch die Anerkennung ihrer rechtlichen Verbindlichkeit eine Hilfestellung gegeben wird, tritt gegenüber der schwerer wiegenden Beeinträchtigung der Rechts- und Verkehrssicherheit zurück[75].

So entspricht es auch der durchweg erkennbaren Tendenz des GWB, durch Gesetz und die Tätigkeit der Kartellämter in erster Linie auf die Schaffung der Voraussetzungen hinzuwirken, unter denen sich ein Wettbewerbsmarkt entwickeln kann. Die Möglichkeiten zum Eingriff in Einzelfällen, in denen eine Wettbewerbsverfälschung zu einer unbilligen Belastung einer Partei geführt hat, beschränken sich dagegen im Kern auf Fälle mißbräuchlicher Ausnutzung einer Marktmacht. Gerade in dem Verzicht, von Staats wegen in die Gestaltung der Einzelbeziehungen einzugreifen, zeigt sich ja der Unterschied des GWB von anderen wirtschaftslenkenden Gesetzen, wie beispielsweise Devisen- oder Preisregelungsbestimmungen[76].

---

74) Gemeinwohlinteressen verdienen gerade bei der Auslegung des § 134 GBG bevorzugte Beachtung; Soergel-Hefermehl zu § 134 Anm. 1 mit Hinweis auf das Lüth-Urteil, BVerfG 7, 198 (206); ebenso Langen, a.a.O., S. 332.

75) Schwartz, WuW 61, 852 schreibt in anderem Zusammenhang: "Vom Standpunkt der Rechtsordnung verdient sicherlich eine rechtlich vertretbare Lösung den Vorzug, die den Rechtsbestand unzähliger Austauschverträge nicht schlechtweg der Nichtigkeit überantwortet."

76) Ein typisches Beispiel bietet etwa § 31 AWG vom 28.4.1961 (BGBl. I S. 481). So ist ein Vertrag über Wareneinfuhr gem. § 31, 10 Abs. I, S.2 AWG ohne Genehmigung unwirksam; wer dennoch einführt, begeht eine Ordnungswidrigkeit § 33 Abs. I, S. 1.

Daß eine umfassende Nichtigkeit des Einzelvertrages von den Schöpfern des GWB nicht gewollt und mit der schließlich verabschiedeten Regelung nicht vereinbar sein kann, ergibt sich darüber hinaus noch aus folgendem Grund: § 38 Abs. I S. 1 verbietet generell jede Form des Hinwegsetzens über die kartellvertragliche Unwirksamkeit, ganz unabhängig davon, ob diese endgültig oder in Erwartung nachfolgender Genehmigung nur schwebend ist. Vielfach ist dabei die Wirksamkeitsvoraussetzung ausschließlich formeller Art. So etwa für die Verträge nach §§ 2, 3, 5 GWB, wo fehlender Widerspruch der Kartellbehörde innerhalb einer bestimmten Frist zum Wirksamwerden der Verträge ausreicht. Zwar soll durch Bußandrohung auch in solchen Fällen erreicht werden, daß die Kontrollrechte der Kartellbehörde gesichert bleiben; es wäre jedoch ein mit den Verkehrsanforderungen nicht zu vereinbarender Formalismus, wollte man auch in solchen Fällen, in denen sich sachlich keine Einwände gegen bestimmte Kartellabsprachen ergeben, zwischenzeitlich zustandegekommenen Einzelverträgen die Wirksamkeit ganz absprechen oder sie auch nur mit der Unsicherheit gleichfalls schwebender Unwirksamkeit belasten. Entsprechendes gilt natürlich nur in etwas weniger krasser Form in den Fällen erlaubnispflichtiger Kartelle.

Die beiden zuletzt angeführten Gründe erscheinen ausreichend, um nachweisen zu können, daß sich Interessengesichtspunkte und Gesetzeszwecke treffen und einheitlich einer Nichtigkeit des Einzelvertrages entgegenstehen. Dieses Ergebnis kann an Überzeugungskraft gewinnen, wenn wir uns nun noch einmal die Erwägungen zurückrufen, die der die "non enforceability" der Einzelverträge prüfende Richter des anglo-amerikanischen Rechtskreises anstellte. Die dort entwickelte "collateral"-Doktrin ist begründet in dem starken Bemühen, den Parteiinteressen in möglichst gerechter Weise Rechnung zu tragen, ohne dabei mit übergeordneten Allgemeininteressen, der "public policy", in Konflikt zu geraten. Dies wird vor allem auch an der dazu im Gegensatz stehenden Doktrin der "inherent illegality" deutlich, wo, zumindest im Ansatz noch der alten Common Law Regel getreu, nach der Zweckdienlichkeit des Vertrages im Allgemeininteresse gefragt wurde, und sich erst jetzt mit zunehmender Verfeinerung der Dogmatik auch schon konstruktiv präzisere Nahtstellen herausarbeiten lassen. "Inherently illegal" sind heute allein die Verträge, die selbständige, unzulässige Beschränkungen enthalten oder ihre ausschließliche Funktion im Vollzug einer vorgefaßten Marktabsprache haben. Diesem sich aus einer lang dauernden Entwicklung nunmehr herauskristallisierenden Ergebnis entspricht auch die hier für das deutsche Wettbewerbsrecht selbständig begründete Lösung, die weder vom Standpunkt der Theorie des vollkommenen Wettbewerbs aus als ideal bezeichnet werden kann, noch die Interessen schutzwürdige

schwächerer Marktteilnehmer bestmöglich behütet. Über- und Unterordnung teilweise entgegenstehender Schutzbedürfnisse verschiedenen Rangs entscheiden im Einklang mit den aus dem GWB ableitbaren Regelungsprinzipien gegen eine vertragliche Unwirksamkeitsfolge einseitiger Ordnungswidrigkeit.

Daß anstelle dessen in dem durch die Subsidiaritätsklausel des § 134 BGB verfügbaren Bereich elastischer Rechtsanpassung auch eine Teilnichtigkeit, soweit sie eben die Kartelleinwirkung auf den Vertrag wieder rückgängig macht, kein passender Ausweg ist, bedarf hier nur noch weniger Worte. Die vorstehend angestellten Erwägungen treffen auch gegen diese Art der obrigkeitlichen Vertragsgestaltung zu. Dazu kommt dann aber die gegen eine solche Lösung noch überzeugendere Begründung, daß die Sanktionsfolge ihren Grund nicht dadurch in sein Gegenteil verkehren darf, daß sie ohne zuverlässigen Maßstab durch eine zwingende Gestaltung von Vertragsverhältnissen für die Wettbewerbsordnung eine Intervention ohne Beispiel und Rechtfertigung bedingt.

IV. Der Maßstab der Sittenwidrigkeit

Nun ist letztlich noch die Frage offen, ob nicht wenigstens in bestimmten Fällen, in denen kartellmäßig festgelegte Einzelvertragsbedingungen für den Kunden besonders belastend sind, eine für ihn angemessenere Lösung gefunden werden kann. Mit dem bisherigen Ansatz über § 38 Abs. I S. 1 GWB gelangen wir dafür aber nicht weiter, da innerhalb des Hinwegsetzungstatbestandes nicht danach unterschieden werden kann, wie sich die Folgen für den beschwerten Kunden auswirken. Das Schwergewicht rechtlicher Beanstandung schlägt in diesen Fällen vielmehr von der bloß formalen Kartellbeteiligung in eine materiell unbillige Vertragsgestaltung um. Diesen Fällen ist dann nur mit dem allerdings unzureichenden Maßstab der guten Sitten beizukommen [77], wobei dann eine Fortbildung der bisherigen Rechtsprechung zur sittenwidrigen Monopolausnutzung insoweit naheliegt, daß die Ausnutzung kartellmäßig erlangter Wettbwerbsvorteile strenger beurteilt wird[78], da es ja grundsätzlich der Zweck und die Tendenz der diese Stellung

---

77) Dies bejaht Würdinger, AGB im Lichte der Dekartellierungsbestimmungen, MDR 1952, 129 unter dem Gesichtspunkt des diktierten Vertrages sogar für allgemeine Geschäftsbedingungen.

78) Schärfere Maßstäbe hält auch Deringer, NJW 56, 1714 angebracht.

begründenden Maßnahmen ist, aus Marktmacht anders nicht zu erlangende Vorteile zu schlagen. Daneben werden aber Umstände wie Marktanteil des Kartells, Kartellorganisation und Marktverhältnisse mit vielfachen Faktoren nicht unberücksichtigt bleiben können.

V. Verhältnis dieser Lösung zur bisherigen Rechtsprechung

Wie verhalten sich nun die bisherigen Gerichtsentscheidungen zu dieser Lösung ? Das Zementurteil konnte zur Geltungszeit der Dekartellierungsbestimmungen nicht auf eine dem § 38 GWB entsprechende Norm zurückgreifen, die die durch das kritisierte Übernahmeargument mißglückte Verbindung von Kartell- und Einzelvertrag in befriedigenderer Weise hätte begründen können. Es handelte sich im Zementfall in erster Linie um ein gebietsaufteilendes Kartell, dessen weitere Organisation im übrigen aber die These bestätigt, daß einteilende meist mit regelnden Kartellen zusammentreffen. Für die Annahme des Tatbestandsmerkmals "hinweggesetzt" hätten sich daher keine Schwierigkeiten ergeben. Der weitere Versuch des BGH, die Einzelverträge selbst dann unmittelbar der MRVO Nr. 78 zu unterstellen, ist in der Form, wie es der BGH getan hat[79], bereits als unbefriedigend abgewiesen. Verfolgt man die Urteilsgründe dann aber aufmerksam weiter, so könnte man zu einer Einzelvertragsbetroffenheit u. U. deswegen kommen, weil die Einzelverträge gleichzeitig auch vertikale Beschränkungen in der Marktwahl enthielten. Dem Angeklagten war es nämlich untersagt, Zement, den er in Niedersachsen gekauft hatte, in Westfalen zu veräußern und umgekehrt. Wollte man daraus die Folgerung einer Verbotswidrigkeit des Einzelvertrages selbst ziehen, so ließe sich dann höchstens erreichen, daß der Vertrag insgesamt hinfällig wäre, oder gerade ohne diese Nebenbestimmungen wettbewerbsbeschränkender Natur weitergelten könnte[80]. Eine richterliche Korrektur

---

79) Es heißt auf S. 224: "Insoweit verstoßen auch diese Verträge gegen die angeführten Bestimmungen der M. Reg. VO Nr. 78. Denn sie nötigen die Kunden der Zementlieferanten, Zement von kartellgebundenen Werken zu dem in der Kartellabrede bestimmten Festpreis abzunehmen."

80) Dazu Schwartz, Teil- oder Gesamtnichtigkeit bei unwirksamen vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 61, 838.

der Preisbindungen des Vertrages ließe sich aber auch damit keinesfalls rechtfertigen. Damit könnten wir aber den Vertrag zwischen Zementgroßhändler und Zementwerk nur als einen wettbewerbsbeschränkenden Individualvertrag einordnen und müßten die Annahme des BGH im Spediteurfall, daß zwischen den Vertragsbeteiligten infolge ihrer langdauernden Geschäftsverbindung möglicherweise ein eigenständiges Kartell zu sehen sein könnte, nur als einen künstlichen Versuch bezeichnen, um eine noch unerwünschte Anrufung der Vereinigten Großen Senate herumzukommen[81].

So wie der 5. Strafsenat aber seine Lösung zu begründen sichte, ist diese einfach als falsch zu bezeichnen; er hätte wohl besser daran getan, seine Entscheidung mit ausschließlich strafrechtlichen Kriterien zu begründen, was bei genauerer Überprüfung des Sachverhalts, wie das abschließende Urteil des LG Hildesheim zeigt, recht einfach gewesen wäre.

Die betont zurückhaltende Entscheidung im Spediteururteil schwenkt dagegen auf die hier erarbeitete Lösung ein. Wenn demgegenüber dann die Ausführungen des BGH im Waldbaur Fall zur Stützung der These von der zivilrechtlichen Betroffenheit des Einzelvertrages herangezogen werden, so ist auch hier die Einschränkung zu machen, daß es sich um eine Verkoppelung horizontaler und vertikaler Beschränkungen handelte, was die Sonderbehandlung erfordert. Die Urteile "Werbeunternehmen" und "Filmverleih" schließlich liegen wenigstens im Ergebnis auf der hier vorgeschlagenen Linie.

Die Zusammenfassung zeigt folgendees Ergebnis:

1. Der Ansatzpunkt möglicher zivilrechtlicher Auswirkungen liegt beim Einzelvertrag selbst.

2. § 38 Abs. I S. 1 ist ein formelles Verbotsgesetz, das ein bestimmtes Verhalten durch Bußandrohung verhindern will. Der Begriff des Verbotsgesetzes ist einheitlich zu fassen und auch in § 134 BGB nur formeller Natur.

3. Aus der Interessenlage der Parteien und dem GWB ergibt sich, daß weder eine Voll- noch eine Teilnichtigkeit des Einzelvertrages eine erstrebenswerte

---

81) Vergleichen wir Ergebnis, Begründung und den Versuch gegenseitiger Rechtfertigung beider Entscheidungen, so ergibt sich eine auffallende Parallele zu den beiden wichtigsten Fällen im amerikanischen Recht: Continental

Sanktion sein kann.

4. Eine Einzelvertragsbetroffenheit in der Form einer Voll- oder Teilnichtigkeit kommt nur in Frage

   a) bei Parteiidentität zwischen Kartell- und Einzelvertragspartnern

   b) bei Verbindung horizontaler mit vertikalen Beschränkungen

   c) in Fällen einer sittenwidrigen Ausnutzung der Kartellmacht.

§ 3 WEITERE MÖGLICHKEITEN ZUR BESEITIGUNG DER VERTRAGSBINDUNG

Auch die Ablehnung einer automatischen Weiterwirkung der Kartellunwirksamkeit auf nachfolgende Einzelverträge schließt nicht aus, daß dennoch unter besonderen Umständen die Kartellbezogenheit dieser Verträge Grundlage von Gestalltungsrechten oder Einwänden wird, die den Dritten aus seiner Vertragsbindung befreien, ihm aber gleichzeitig auch den meist viel bedeutsameren Leistungsanspruch versagen. Als solche sind zu erwägen:

I. Die Anfechtung

Die Fälle der durch Anfechtung vernichtbaren Einzelverträge sind durch das Erfordernis besonderer Umstände zur Ausnahme gestempelt. Als Anfechtungsgrund kommt arglistiges Verschweigen des Vertragspartners über seine Kartellzugehörigkeit und -befolgung in Betracht. Da es nicht möglich ist, dem Kartellmitglied eine generelle Pflicht aufzuerlegen, seine Kartellbeziehungen zu offenbaren[1], erscheint arglistige Täuschung überhaupt nur dann prüfenswert, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien oder entsprechende Fragen in sicherlich wenigen Fällen eine Aufklärungspflicht begründen.

Wall Paper v. Louis Voight & Sons, 212 US 227 (1909) und Connolly v. Union Sewer Pipe Co. 184 U.S.540 (1902). Vgl. dazu die genauere Darstellung im 2. Kapitel § 1.

1) So auch Fikentscher, Drittverträge, S.795; Benisch im Gemeinschaftskommentar Anm. 13 zu § 35.

Es wäre dabei hauptsächlich an solche Fälle zu denken, wie sie ähnlich der BGH vor kurzem unter strafrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen hatte[2]. Einige wenige Lieferanten waren bei der Vergabe von Elektroarbeiten an einem öffentlichen Bauprojekt unmittelbar zur Einreichung von Angeboten aufgefordert worden. Diese sprachen sich untereinander ab und nur einer von ihnen gab ein allerdings scharf kalkuliertes Angebot ab, während er gleichzeitig in die Angebotsblanketts seiner Konkurrenz jeweils über seinen Preisen liegende Beträge einsetzte und diese als Scheinangebote abgab. Die Firmeninhaber der bei der Ausschreibung berücksichtigten Unternehmen wurden dann, obwohl der Auftrag letzten Endes einem noch preisgünstiger anbietenden Außenseiter zugesprochen wurde, wegen versuchten Betruges angeklagt, und nur deswegen freigesprochen, weil sich die Absicht einer Vermögensschädigung in diesem besonderen Fall infolge der reellen Klakulation des Anbieters nicht hatte nachweisen lassen. Obgleich sich der BGH nicht festlegte, ob das Verhalten der Angeklagten als Täuschung im Sinne des § 263 StGB gewertet werden konnte, wird man unter den besonderen Einzelumständen doch davon ausgehen dürfen, daß die individuell zur Abgabe eines Angebots aufgeforderten Unternehmen, die auch früher schon mit der ausschreibenden Stelle in Geschäftsbeziehungen waren, durch die Einsendung der Angebotsblankette schlüssig zum Ausdruck brachten, unabhängige Angebote zu unterbreiten. Da dies in Wirklichkeit nicht der Fall war, lag darin eine Täuschung, die sowohl dem Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB wie des § 123 BGB genügte[3].

In solchen und ähnlichen Fällen, die eine bereits geschaffene Vertrauensbasis zwischen den Vertragsparteien voraussetzten[4], läßt sich das Verschweigen der Kartellgebundenheit als Täuschung des Vertragspartners anerkennen. Inwieweit dann die Entscheidung, ob das Verschweigen auch als arglistig zu werten ist, weiterhin von den Einzelumständen abhängt, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln, denen genauer nachzuspüren hier nicht der Ort sein kann. Daß der Regelfall die Voraussetzungen einer Anfechtung nicht erfüllen wird, zeigt auch die beachtliche Reihe der Fälle aus der amerikanischen Praxis, in denen sich Beklagte durch den "illegality" Einwand immer wieder ihrer eigenen Leistungspflicht zu

---

2) BGH Urteil vom 21.11.1961 in NJW 62, 312.

3) So heißt es in dem Urteil, S. 313 1. Sp. unten: "Machenschaften, die darauf abzielen, den Geschäftspartner über die Marktlage zu täuschen, mögen unter dem Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbs verfolgbar oder als Ordnungswidrigkeit nach dem GWB zu ahnden sein. Unter dem Gesichtspunkt des Betrugs können sie ... erst dann Bedeutung gewinnen, wenn der Tatrichter aus ihnen den Schluß zieht, daß es dem Handelnden darauf ankam, seinen Vertragspartner dadurch zu einer Leistung zu bestimmen, hinter der die von ihm angebotene Gegenleistung im Wert zurückbleibt."

4) Dies war ebenso der Fall in WuW/E OLG 222 (OLG Hamm "Heizungsfirmen").

entziehen versuchten, ohne dabei jemals auch nur hilfsweise den Anfechtungseinwand (voidability for fraud) geltend zu machen.

II. Auflösung der Vertragsbindung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Eine schwächere Form der Kartellaußenwirkung ließe sich schließlich noch auf der Basis einer Beeinträchtigung der Geschäftsgrundlage des Drittvertrages darstellen[5]. Der BGH hat während der Geltungszeit der Dekartellierungsbestimmungen in zwei Fällen entschieden, daß die im Zuge der Entflechtungsmaßnahmen vollzogene Auflösung eines Kartells auch für dessen Verträge mit Dritten die Folge eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage haben könne; falls unter diesen Umständen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar erscheinen müsse, könne dies zu einer Auflösung des Vertragsverhältnisses Anlaß sein[6]. In beiden Fällen handelte es sich dabei allerdings um Dauerschuldverhältnisse, in denen Kartellorganisationen Vertragspartner waren.

Einmal war das deutsche Kalisyndikat verpflichtet, für Schürfrechte eine Entschädigung zu bezahlen und im anderen Fall hatte sich eine Tochtergesellschaft der Ufa durch einen langjährigen Pachtvertrag Aufführungsrechte gesichert. Wenn hier nun die Auflösung eines Kartells den Wegfall der Geschäftsgrundlage bewirken kann, so läßt sich umgekehrt ein gleicher Erfolg auch dann annehmen, wenn die Unabhängigkeit und Entscheidungsfreiheit eines Unternehmens zur Vertragsgrundlage geworden war und sich diese Voraussetzungen durch Kartellbindung vor der Beendigung der Dauerbeziehung ändern sollten[7]. Für die Berechtigung, den Vertrag zu kündigen, muß dann aber zum Wegfall der Geschäftsgrundlage noch die gegen Treu und Glauben verstoßende Unzumutbarkeit der Vertragsbindung hinzukommen. Diese Reihe besonderer Anforderungen wird daher eine Befreiung von vertraglicher Bindung nur in seltenen Fällen erlauben.

---

5) Vgl. dazu grundlegend: Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 2. Aufl. (1957); weitere Literatur bei Staudinger-Weber § 242 E 31.

6) BGH Urteil vom 15.6.51 in NJW 51, 836 und Urteil vom 30.11.51 in WuW 5 230; vgl. dazu Staudinger-Weber § 242 E 624.

7) Ähnlich Spengler, WuW 1960, 416.

6. Kapitel: KARTELLVERHALTEN ALS DELIKTSTATBESTAND ?

Unter Interessegesichtspunkten bereits befürwortet und auch als im Einklang mit der Zweckrichtung des Gesetzes befunden gilt es nach Ablehnung der Nichtigkeitssanktion schließlich, mögliche Anspruchsgrundlagen für den Schadensersatzanspruch zum Ausgleich kartellbedingter Einbußen des Drittkontrahenten herauszuarbeiten und vor allem die seiner praktischen Durchführung entgegenstehenden Schwierigkeiten zu überdenken und zu bewältigen.

§ 1 ANSPRUCHSGRUNDLAGEN FÜR KARTELLGESCHÄDIGTE DRITTE

Der zivilrechtlichen Delikssystematik folgend stellt sich bei der Suche nach einer möglichen Anspruchsgrundlage für kartellgeschädigte Dritte die Frage, ob sie die Beeinträchtigung ihrer Interessen als einen Eingriff in absolut geschützte, subjektive Rechte verfolgen können, oder ob sich der Rechtsschutz zu ihren Gunsten in einem bloßen Normenschutz erschöpft, der lediglich ein bestimmtes normwidriges Verhalten als ersatzberechtigende Grundlage anerkennt. Allein der zweite Weg scheint im GWB selbst vorgezeichnet. In § 35 hat das GWB noch einmal speziell für den Bereich des Wettbewerbsrechts geregelt, was § 823 Abs. II BGB bereits für das allgemeine zivilrechtliche Deliktsrecht bestimmt, und dann noch die Anspruchsgrundlage auf solche Fälle erweitert, in denen der Verletzende eine Verfügung der Kartellbehörde mißachtet.

So umfassend dieser Rechtsschutz somit auf den ersten Blick erscheinen mag, bleibt es dennoch verwehrt, konkurrierende Anspruchsgrundlagen mit der Begründung der Exklusivität der gesetzlichen Regelung abzutun. Im Gegenteil, die Parallelität der Problematik im Rahmen des Tatbestandes des § 823 BGB und die Verschiebung der Rechtsschutzfunktionen, die sich dort zwischen den Absätzen I und II vollzogen hat[1)], werden dazu zwingen, auch für den Bereich des Wettbewerbs zu prüfen, ob neben den konkreten Normenschutz und möglicherweise über ihn hinaus noch eine Sicherung durch ein umfassendes absolutes Recht, etwa das Recht auf Freiheit der Betätigung im Wettbewerb[2)], treten soll.

---

1) Mit dem Grundsatz aus BGHZ 30, 11 (1959), daß dort, wo besondere Schutzbestimmungen vorhanden sind, auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht zurückzugreifen ist, wurde bisher leider nicht ernst gemacht.

2) Hefermehl, Nipperdey-Festschrift, S. 284; Fikentscher, Wettbewerb, S. 235; Lukes, Der Kartellvertrag, S. 191.

Unterstellen wir zunächst einmal, daß ein solches Recht als besondere Ausprägungsform des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes im Wettbewerbsrecht Anerkennung finden müßte[3], so werden wir es natürlich nicht mit einem beziehungslosen Nebeneinander von Ansprüchen zu tun haben. So könnten etwa auch die verschiedenartigen Voraussetzungen beider Ansprüche im Bereich der Rechtswidrigkeit[4] und des Verschuldens[5] noch nicht die Folgerung entkräften, daß nach Anerkennung eines umfassenden absoluten Rechtes kein Bedürfnis mehr bestehen kann den Begriff der Schutzvorschriften großzügig auszulegen. Für solche Erwägungen sollte die Entwicklung der Rechtsprechung zu § 823 BGB aber nicht nur Anregung, sondern auch - und dies in stärkerem Maße - Warnung sein. Mit der heute bereits gewohnheitsrechtlich gefestigten Anerkennung eines schutzfähigen allgemeinen Persönlichkeitsrechtes[6] haben die Gerichte ohne zwingende Not systematische Schranken des Deliktsrechtes gesprengt, wo in allen Fällen eine Besinnung auf konkreten Normenschutz oder eine vorsichtigere Analogie zu den "sonstigen Rechten" im Abs. I befriedigenden Rechtsschutz geboten hätte[7]. Diese Entwicklung kann ausschließlich dazu beitragen, deliktsrechtliche Ansprüche zu vergröbern und zu nivellieren und ferner dazu zu zwingen, einschränkende Kriterien auf andere Weise und in einer Rechtssicherheitserfordernissen nicht gerecht werdenden Einzelfalljudikatur zu suchen[8]. Bereits im Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

---

3) Grundrecht und absolutes subkektives Recht sind hier auseinanderzuhalten. Die verbreitete Ansicht, daß das GWB zum Schutz des verfassungsmäßig garantierten Rechts auf freie wirtschaftliche Betätigung und Entfaltung dient, besagt über den Absolutheitsschutz nichts.

4) Gerade wegen der besonderen Schwierigkeit, für das allgemeine Persönlichkeitsrecht, die für § 823 Abs. I BGB bestehende Beziehung zwischen Rechtsverletzung und Rechtswidrigkeit zu begründen, wird diese Rechtsschöpfung vielfach abgelehnt: vgl. dazu Larenz, Schuldrecht, 4. Auflg. Bd. II, S. 354, der als sonstiges Recht ein deutlich abgegrenztes, gegenständlich verkörpertes und daher relativ leicht erkennbares Recht fordert; neuerdings versucht Fabricius, Zur Dogmatik des "sonstigen Rechts" gemäß § 823 Abs. I BGB, AcP 160, 273 (289), die "sozialtypische Offenkundigkeit des Rechtsguts" als Voraussetzung "sonstiger" Rechte zu begründen.

5) Deutlich in BGHZ 34, 381 (1961).

6) Dazu grundlegend Nipperdey, Allg. Teil § 101; die Kette übereinstimmender BGH Entscheidungen führt von BGHZ 13, 334 bis Urteil vom 19.9.61 in NJW 61, 2059 = JZ 62, 120 mit Anmerkung von Hubmann.

7) Esser, Lehrbuch § 202 1b ee, S. 847.

8) Dazu Münzel, NJW 60, 2028.

störend und unerwünscht sind solche Folgen aber im Gebiet des Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts untragbar. Freier Wettbewerb ist das Leitbild des GWB, und Wettbewerb ist Kampf, ein Streit um die Gunst des Kunden, der sich nicht ohne Beeinträchtigung gegenseitiger Interessen denken läßt[9]. Wenn hier dann ein Gesetz zu einer Zeit, da die Fehlentwicklung des § 823 Abs. I mit allen ihren Konsequenzen bereits deutlich war[10], Schadenssanktionen nur an Verstöße gegen bestimmte Vorschriften knüpft, durch die gerade zum Schutz Dritter beigetragen werden soll, so könnte nur eine Mißachtung jeden gesetzgeberischen Willens erlauben, sich über ein solchermaßen verfeinertes Rechtsschutzsystem durch die Anerkennung alles umschließender, absoluter Rechte einfach hinwegzusetzen[11]. Es erscheint daher geraten, wenigstens für den Bereich des Wettbewerbsrechtes genau umgekehrt vorzugehen und zunächst zu untersuchen, ob nicht durch eine entsprechende Auslegung der Schutzvorschriften allen Interessenpositionen ausreichend Genüge getan werden kann. Erst wenn diese Frage zu verneinen ist, bestehen Grund und Berechtigung, nach absolut schutzfähigen Rechtsgütern zu forschen.

Umgekehrt muß aber bereits an dieser Stelle betont werden, daß es methodisch verfehlt wäre, durch eine begriffsmäßig enge Abgrenzung der Vorschriften mit Schutzgesetzcharakter gesetzwidriges Verhalten nicht unter die Schadenssanktion des § 35 GWB zu fassen, in Anerkennung schutzwürdiger Interessen den Ausweg dann aber über die Konstituierung absoluter Rechte zu suchen[12].

Soweit sich die Literatur bisher mit diesen Konkurrenzfragen beider Schutztatbestände befaßt hat, darf wohl die Ansicht Fikentschers[13] als Unterstützung der eigenen These angeführt werden. Die Untersuchung, in der er die Subsidiarität des absoluten Rechtsschutzes hinter einer sondergesetzlichen Regelung begründet, befaßt sich zwar noch mit den Dekartellierungsbestimmungen, bei denen im Rahmen der Generalklauseln nach seiner Meinung jedem Schutzbedürfnis ausreichend Rechnung getragen werden konnte. Doch lassen auch seine anschließenden Überlegungen zur Bedeutung des § 823 Abs. I BGB in einem vom GWB geregelten Wettbewerbsrecht keinen Zweifel, daß die Anerkennung abso-

---

9) Gerade darum kann die zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit vorgeschlagene Interessenabwägung (Fikentscher, Wettbewerb S. 236; Baumbach-Hefermehl Allg. Anm. 81) kein zuverlässiger und brauchbarer Maßstab sein.

10) Vor allem durch die eingehende Kritik von Larenz, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Recht der unerlaubten Handlungen, NJW 1955, 521; ders. Schuldrecht 4. Auflg., Bd. II, S. 353 ff.

11) In Anbetracht dessen, daß die Entwicklung des Persönlichkeitsrechtes auf einer besonderen Aufwertung der Vorschriften des GG beruht, verdient die Mahnung Fikentscher's, Wettbewerb, S. 85, Beachtung: "Die Achtung vor dem Gesetzgeber verbietet es, zu weitgehende Richtlinien auf wirtschaftspolitischem Gebiet aus dem GG zu entnehmen."

12) So das Vorgehen Würdingers, Freiheit persönlicher Entfaltung, WuW 1953, 721 (733).

13) Fikentscher, Wettbewerb, S. 237 ff.

luter Rechte nur zu rechtfertigen ist, wo Schutzlücken klaffen[14]. Seine Empfehlung, vor übereilten Neuschöpfungen erst einmal eine genaue Bestandsaufnahme der gesetzlichen Möglichkeiten zu machen und hinsichtlich der Tauglich- und Lückenhaftigkeit des GWB erst weitere Erfahrung zu sammeln[15], gilt wenigstens für den Bereich des Schadensersatzrechtes auch nach dreijähriger Geltungszeit des Gesetzes fort.

Daß auch die Befürworter einer uneingeschränkten Anspruchskonkurrenz nicht ohne gewichtige Stimme sind, zeigen die Untersuchungen von Spengler[16], der nicht darauf verzichten will, in jedem Fall zusätzlich auf allgemeine Generaltatbestände zurückzugreifen, wobei er allerdings mehr an die Generalklauseln wegen Sittenwidrigkeit als an den Schutz weitgefaßter absoluter Rechte zu denken scheint. Auch Lukes[17] und Biedenkopf[18] glauben, mit bloßer Interpretation und Anwendung des Gesetzes nicht auskommen zu können.

Wie dem auch sei, soviel jedenfalls wird hier bereits offenbar, daß sich die Frage nach der Anerkennung schutzfähiger absoluter Rechte nicht allein mit einer Konkurrenzentscheidung lösen lassen wird[19]. Zur Notwendigkeit einer solchen rechtsbegründenden Weiterbildung läßt sich aber erst nach erschöpfender Darstellung der gesetzlichen Möglichkeiten Stellung nehmen.

I. Normenschutz zugunsten Dritter

Anspruchsgrundlage für kartellgeschädigte Dritte und damit Ausgangspunkt für weitere Untersuchungen ist § 35 Abs. I S. 1 GWB. Diese Bestimmung ist dem § 823 Abs. II BGB, wie bereits angedeutet, nachgebildet[20] und noch insofern erweitert, daß auch ein Verstoß gegen eine kartellamtliche Verfügung mit Schutzcharakter für Dritte zum Schadensersatz verpflichtet[21]. Dementsprechend

---

14) Zum gleichen Ergebnis gelangt Lukes, a.a.O., S. 191 15) a.a.O., S. 238.
16) Spengler, Notwendigkeit der Synchronisierung verwaltungsmäßiger und justizförmiger Kartellaufsicht, WuW 54, 200; ders. Zivilrechtliche Auswirkungen des Kartellgesetzes, WuW 60, 423.
17) Kartellvertrag, S. 191 (allerdings mit Einschränkung).
18) Wettbewerbsbeschränkung, S. 230.
19) Dies zeigt auch die Entscheidung des BGH vom 19.11.59, in der ein Berufsboxerverband zur Wiederaufnahme eines Boxers aus § 826 BGB verpflichtet wurde, ohne daß die Anwendbarkeit von § 27 GWB geprüft wurde.
20) In der Begründung zum Reg. Entw. zu § 28 heißt es: Ansprüche aus § 35 GWB sind solche aus unerlaubter Handlung.
21) Die gesetzliche Bestimmung ist mehr als eine bloße Klarstellung einer anerkannten Rechtsprechung, wie dies im Frankfurter Kommentar, Tz. 12 zu § 35,

wird man das Verhältnis beider Bestimmungen nur so verstehen können, daß § 35, soweit es sich um Schutzvorschriften des GWB handelt, die vorrangige Spezialvorschrift ist; erfüllt das anspruchsbegründende Verhalten aber zugleich den Tatbestand anderer Schutzbestimmungen, so bestehen beide Ansprüche nebeneinander[22].

Der Parallele eingedenk wird die Fragestellung zu Ausgang daher lauten: welches Verhalten des mit dem Dritten kontrahierenden Kartellteilnehmers verstößt gegen eine bestimmte Norm, die auch im Interesse jedes einzelnen Dritten erlassen ist, und ist gerade auf diesen Normverstoß ersetzbarer Schaden zurückzuführen?

1. Die Suche nach dem Schutzgesetz

a) Voraussetzungen

Obwohl in Einzelfällen nach wie vor vielfach streitig ist, ob einer Norm Schutzgesetzeigenschaft zukommt[23], hat doch die Rechtsprechung des BGH [24], die sich dabei bereits auf eine konstante Entscheidungskette des RG's[25] stützen konnte, als allgemeinen Grundsatz entwickelt, daß das Gesetz nicht nur der Allgemeinheit dienen und damit indirekt auch dem einzelnen nützen darf, sondern vielmehr mindestens neben dem Schutz der Allgemeinheit gerade den Schutz des einzelnen oder eines bestimmten Personenkreises im Auge haben muß[26]; dabei müssen der dem einzelnen zugedachte und der von ihm beanspruchte Schutz übereinstimmen[27].

Nun kommt das GWB in toto als Schutzgesetz sicherlich nicht in Betracht[28]. Wir stehen darum auch hier vor der nicht minder schwierigen Frage, eine Verknüpfung herzustellen. Diese muß den Schaden, für den Ersatz verlangt wird, über die Kausalkette mit einem Verstoß gegen eine Schutzbestimmung verbinden. Ebenso wie bei der Suche nach der Verbotsvorschrift zu § 134 BGB ist auch hier von zwei Möglichkeiten als Schutzbestimmung auszugehen: entweder liegt das ersatzverpflichtende Handeln bereits im Abschluß des Kartellvertrages, oder wird es ebenfalls erst

---

behauptet wird; die Annahme, daß die Rechtsprechung Verwaltungsakte als Schutzgesetze anerkannt habe, trifft nicht zu.

22) Frankfurter Kommentar § 35 Tz. 93; Lukes, a.a.O., S. 191; a. A. Müller-Gries zu § 35, die Anspruchskonkurrenz annehmen.

23) Vgl. die Übersicht bei Palandt-Gramm, 12. Auflg. § 823 Anm. 9, sowie bei Soergel-Schräder, 9. Auflg. § 823 Anm. 473-484.

24) BGHZ 12, 146; 13, 33; 19, 126; 22, 293; 28, 360.

25) RGZ 102, 224; 119, 437; 128, 300; 138, 168.

26) In diesem Sinne bereits Detmold, Der Begriff des Schutzgesetzes in § 823 II BGB, in Festschrift für Regelsberger, 1901, S. 317.

27) BGHZ 19, 126; 28, 360; Palandt-Gramm § 823 Anm. 9b.

28) Dies ergibt sich bereits zwingend aus der Fassung des § 35 GWB. Zustimmend

auf ein späteres Hinwegsetzen bezogen. Im ersten Fall ist § 1 GWB, im letzten § 38 Abs. I. S. 1 GWB als Schutzvorschrift zu prüfen.

Neben dieser Schwierigkeit stellt sich dann als nächste Aufgabe, die Gruppe der zu schützenden Dritten, also aller nicht Kartellbeteiligten, zu untergliedern und möglicherweise notwendige Unterschiede im Schutz zwischen Mitbewerbern und Lieferanten bzw. Kunden, wobei sich letztere wieder in Händler und Letztverbraucher aufteilen lassen, herauszustellen.

b) Schutzgesetze im Dekartellisierungsrecht

Zu beiden Vorhaben vermag die Diskussion um die Dekartellierungsgesetze nur wenig beizutragen. Selbst ohne eigene Schadensersatzvorschrift sind sie überwiegend als Schutzgesetze i.S. des § 823 Abs. II BGB angesehen worden[29]; dabei wurden auch die Abnehmer in den Kreis der geschützten Personen miteinbezogen. Dieses Urteil verzeichnet aber die wahren Verhältnisse, wenn es den Anschein erweckt, daß damit auch das Verbot horizontaler Absprachen als Schutzgesetz Anerkennung gefunden habe. Der Schein der Berechtigung für diese Behauptung ergibt sich vielmehr nur aus einem starken zahlenmäßigen Überwiegen von Boykott und Diskriminierungsverstößen, die unter ganz anderen tatbestandlichen Voraussetzungen als Schutzgesetzverletzungen anerkannt wurden. Die Frage nach dem Charakter des horizontalen Abspracheverbotes klang dagegen lediglich in der "Werbeunternehmen" Entscheidung des OLG Düsseldorf an[30], wo allerdings aus

---

Coper, JR 1958, 8; Langen, S. 276.

29) In der Rechtsprechung: LG Mönchen-Gladbach, Urt. v. 20.11.1947 WuW/E LG/AG 1; OLG Düsseldorf Urteil vom 18.4.50, WuW/E OLG 10; BGHZ 13, 3 (1954 "Warenkredit") = WuW/E BGH 65; OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.3. 53 WuW/E OLG 44; OLG Düsseldorf, Urteil vom 9.2.54 WuW/E OLG 72; OLG Frankfurt Urteil vom 6.10.55 WuW/E OLG 101; BGH Urteil vom 25.5.5 WuW/E BGH 154 (Darmimporteure); OLG Stuttgart Urteil vom 17.11.55 WuW 56, 275 (288) = WuW/E OLG 124 (Waldbaur).
In der Literatur: Remmert, Gesetz Nr. 56 Text und Erläuterung 1948, S.22; Möhring, Dekartellisierungsgesetzgebung als Schutzgesetz, MDR 49, 411; ders. Dekartellisierungsrecht und gewerblicher Rechtsschutz GRUR 1949, 271; R. Müller, Die Dekartellisierungsgesetze, BB 47, 137; ders. Anwendbarkeit von § 134 BGB im Kartellrecht, JZ 54, 725; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflg., Bd. I, S. 386; Deringer NJW 56, 1714; Meyer-Cording NJW 53, 579; Fikentscher, Drittverträge, S. 795; mit Einschränkung, Flume, WuW 56, 469; Reuss, Der sogenannte Käuferstreik, AcP 156, 106.

30) Urteil vom 14.2.1952, BB 1952, 210; vgl. dazu oben 3. Kap. § 1, 3.

tatsächlichen Gründen die Annahme einer Schutzgesetzverletzung verneint wurde. Die Literatur[31] schloß aber schon allein aus dem Umstand, daß das Gericht eine solche Möglichkeit erwähnt hatte, darauf, daß es im Prinzip auch die Schutzgesetzeigenschaft des Abspracheverbotes bejahte. Das Für und Wider der wissenschaftlichen Diskussion, die wohl in der Mehrheit der Annahme einer Schutzgesetzeigenschaft entgegenstand, konzentriert sich ganz überwiegend auf die Frage, ob gerade der Verbraucher einen so betonten Rechtsschutz verdiene. Dabei wurde die Stufe der gleichfalls betroffenen Zwischenhändler von vornherein übersprungen und vor allem die Verklammerung mit dem Primärziel einer freien Wettbewerbsordnung nicht hergestellt, was für die Besatzungsgesetze, deren ursprünglich doch sehr heterogene Zwecke eine solche Auslegung erschwerten, wenn nicht gar unmöglich machten, auch nicht verwundern darf.

Ebensowenig findet sich in der Dekartellierungsrechtsprechung ein Fingerzeig für die andere Frage, an gerade welches Verhalten sich die Schadensersatzpflicht knüpft, da diese Gesetze noch keine Trennung in Absprache- und Hinwegsetzungsverbot kannten.

c) Meinungsstreit seit Inkraftreten des GWB

Mit dem Inkraftreten des GWB hat sich dieser Meinungsstreit wieder belebt.

(1) In der Diskussion um die Frage, ob horizontale Abspracheverbote überhaupt als Schutzvorschriften beachtlich sein können, ergaben sich keine wesentlichen neuen Argumente. Befürwortende oder ablehnende Entscheidungen blieben nach wie vor durch die grundsätzliche Einstellung zum Schutzzweck des GWB bestimmt. In dieser festgefahrenen Situation begann sich nun aber doch langsam die Einsicht durchzusetzen, daß sich aus der zwiespältigen Wertordnung des Gesetzes eine sichere Beurteilung nicht ableiten lasse und daher doch die Rechtsprechung den Ausschlag geben müsse, wie dies auch bereits vom Rechtsausschuß des Bundestags[32] vorgesehen worden war. Diese scheint nun aber zusehends einer Anerkennung der Schutzeigenschaft auch für die Grundnormen des GWB zuzuneigen. So entschied sich der BGH im "4711" Urteil[33] für den Schutzcharakter des § 15 GWB zugunsten Dritter. Schon nach diesem Urteil fällt es schwer, zwischen der Regelung für "sonstige Verträge" und für horizontale Absprachen noch so grundlegende Unschiede zu finden[34], daß allein die letztere weiterhin als Schutznorm im aus-

---

31) Von der Goltz in einer Urteilsanmerkung BB 52, 210, der im übrigen den Schutzgesetzcharakter des Preisabredeverbots verneint; Flume, a.a.O., S.465.

32) Deutscher Bundestag, Rechtsausschuß, Protokoll Nr. 211 vom 16.5.57.

33) BGH vom 8.10.58 in WuW/E BGH 251, 259; vgl. dazu und zum Folgenden die genauere Darstellung im 3. Kap. § 3.

34) So läßt beispielsweise der Frankfurter Kommentar, Anm. 31 zu § 35, für § 15

schließlich öffentlichen Interesse und im Sinne eines reinen Institutionsschutzes verstanden werden kann. Daß der BGH selbst auch für § 1 GWB jedenfalls eine solche, einen Gesetzeszweck verabsolutierende Zuordnung des Schutzzwecks vermeiden will, wird in seinem späteren Urteil "Großhändlerverband II"[35] deutlich. Es heißt dort[36]: "Darüber hinaus gilt für das GWB ganz allgemein, daß die im öffentlichen (allgemeinen) Interesse erlassenen Vorschriften gegen eine mißbräuchliche Beschränkung des Wettbewerbs in der Regel auch dem privatrechtlichen Schutz eines verletzten einzelnen Unternehmens oder einzelner Unternehmen dienen werden."

Auch das LG Düsseldorf[37] hat bereits in zwei Urteilen die Möglichkeit, in § 1 GWB eine Vorschrift mit Schutzzweck zugunsten Dritter zu sehen, bestätigt[38]. Entscheidungen zum gegenteiligen Ergebnis liegen dagegen nicht vor.

(2) Was danach als zweite Frage den persönlichen Schutzwirkungsbereich anbetrifft, so darf wenigstens der Mitbewerberschutz heute wohl als überwiegend anerkannt gelten[39], wenn auch der Sonderfall, daß ein Außenseiter Kartellgeschädigter ist, in der Rechtsprechung bisher noch nicht zu finden ist. Jedenfalls sind zum Mitbewerberschutz auch über die Erfahrungen aus dem UWG leichter Brücken zu bauen, als dies für den Kundenschutz zutrifft. Hier muß die Frage, inwieweit auch dieser Kreis durch das Kartellverbot direkt geschützt sein soll, als noch durc aus offen bezeichnet werden, solange eine höchstgerichtliche Entscheidung[40] no aussteht. Insgesamt scheint aber wenigstens in der Literatur[41] die Meinung schwa

---

GWB dieselben Überlegungen wie für § 1 GWB gelten.

35) BGH vom 25.2.59 in WuW/E BGH 288. 36) a.a.O., S. 291

37) Urteile vom 28.3.58, WuW/E LG/AG 94,98 ("Wohnraumleuchten") und vom 8.9.59, WuW/E LG/AG 146,.149 ("Filmtransport").

38) Benisch versucht zu Unrecht, die Bedeutung dieser Entscheidungen zu schmälern, indem er sie auf gezielte Angriffe gegen bestimmte Dritte beschränken will: Gemeinschaftskommentar, § 35 Anm. 3; WuW 61, 769.

39) Die im vorausgegangenen Abschnitt angeführten Entscheidungen zum sachlichen Schutzbereich des GWB (Großhändlerverband II", "4711" und "Wohnraumleuchten") befaßten sich mit Mitbewerber-Schutz.

40) Das Filmtransport-Urteil (vgl. dazu auch 3. Kap. § 2, 5) kann bereits als Aus dehnung des Schutzbereiches auf die Kunden verstanden werden.

41) Einen Anspruch für Kartellkunden bejahen außer den in Fußnote 29 mit Ausnahme von Reuss genannten Autoren: Mestmäcker, Ordo IX, 102; Spengler (zurückhaltend), WuW 60, 420; ders. Tatbestandsmäßigkeit S. 30; Lukes, Ka tellvertrag, S. 186; Langen, S. 276; Mayer-Wegelin (unsicher), zu § 35 Anm Baumbach-Hefermehl, zu § 35 Anm. 7; Schramm-Klaka (unbestimmt) WRP 1958, 77.

zu überwiegen, die in der Gewährung eines Ersatzanspruches an Kartellkunden nur die konsequente Durchführung des im Gesetz verankerten Gedankengutes[42] sieht. So meint Flume[43], daß dann, wenn die Verbote des GWB überhaupt als Schutzgesetze angesehen würden, wobei er in erster Linie an Boykott und Diskriminierungsbestimmungen denkt, die Preisabspracheverbote nicht ausgenommen werden können. Diese Begründung erscheint nun aber allein nicht schlüssig, denn es bestehen doch wesentliche sachliche Unterschiede, ob sich eine wettbewerbsbeeinträchtigende Maßnahme gerade gegen ein bestimmtes Unternehmen richtet und dieses im Verhältnis zu seinesgleichen Nachteile erfährt, es sich also um eine personenbezogene Maßnahme handelt, oder ob marktbezogene Verstöße alle oder wenigstens eine ganze Gruppe gleichgestellter Marktteilnehmer einheitlich treffen [44]. Die Frage, inwieweit hierdurch nur Allgemeininteressen oder auch Einzelinteressen betroffen sind, ist mit der Gegenüberstellung nur aufgeworfen, aber noch nicht gelöst. Diese Fragestellung muß zu entsprechenden Überlegungen führen, wie sie sich bei der Untersuchung des Schutzzwecks des GWB im 4. Kapitel aufgedrängt haben. Dort hatte sich herausgestellt, daß eine allein durch Auslegung gewonnene Entscheidung zwischen den Antithesen vom Institutions- und Individualschutz mit ausreichender Sicherheit nicht gewonnen werden kann und darum als für die vorliegende Untersuchung unergiebig verworfen werden muß. Dieselbe Feststellung ist auch hier bei der Bestimmung des schutzwürdigen Personenkreises unumgänglich, da sie nur in Abhängigkeit von der Festlegung auf einen bestimmten Schutzzweck getroffen werden könnte[45].

Verneinend: Würdinger, MDR 1952, 132 und WuW 53, 728; Ballerstedt, JZ 56, 271; Strickrodt, WuW 57, 90; Leo, WuW 59, 489; Hengstenberg, WuW 58, 443; Coper (unsicher), JR 58, 8; Benisch (zweifelnd), DB 59, 451; ders., WuW 61, 761; ders., im Gemeinschaftskommentar zu § 35 Anm. 3; Rasch, zu § 35 S. 156; Müller-Gries, zu § 35 Anm. 4; Frankfurter Kommentar, zu § 35 Tz 14.

42) Darüber darf der Umstand, daß bei der Kartelldiskussion vor allem Konsumenteninteressen nur wenig Beachtung fanden, nicht hinwegtäuschen. Wie bereits Forkosch, Antitrust and the Consumer, 1956, für das amerikanische Recht nachgewiesen hat, ist dies allein auf eine mangelhafte Organisation dieser Kreise zurückzuführen; ebenso für die deutsche Entwicklung Nehlert, Freiheit des Wettbewerbs und Kartellverbot, JR 1952, 121.

43) Flume, a.a.O., S. 468.

44) Verschiedentlich wird ja gerade aus dieser Unterscheidung abgeleitet, daß den Verboten ausschließlich marktbezogener Maßnahmen eine Schutzgesetzeigenschaft nicht zukomme: Strickrodt, Lieferverträge, S. 90.

45) Entsprechend sieht auch Spengler, WuW 1960, 420, hier nur wieder das nicht zur allgemeinen Zufriedenheit zu lösende Wertungsproblem.

Als Ersatz für solche als unergiebig erkannten Versuche bietet sich darum auch für die Bestimmung des subjektiven Schutzbereiches gegen verbotenes Kartellverhalten die Auswertung rechtspolitischer Erwägungen an, denen bei einer mehr auf zweckmäßige Gestaltung einer Wettbewerbsordnung denn auf Verfolgung reiner Rechtswerte gerichteten gesetzlichen Regelung ausschlaggebende Bedeutung zukommen muß. Die Heranziehung amerikanischer Erfahrungen konnte dabei die eminente Bedeutung der privaten Schadensersatzklage im Antitrust-Recht und die Möglichkeit vergleichbaren Einflusses im deutschen Wettbewerbsrecht nachweisen[46]). Dabei hatten sich als wichtigste Voraussetzungen und Gründe einer den Ersatzanspruch zu seiner heutigen Bedeutung in den USA führenden Entwicklung das für eine Wettbewerbsordnung unverzichtbare Eigeninteresse des Privatklägers, sein unersetzlicher Beitrag zur Offenlegung von Wettbewerbsverstößen, sowie seine Mitwirkung bei der effektiven Vollstreckung der von Staats wegen durchgesetzten Verurteilungen wettbewerbswidrigen Verhaltens erwiesen. Schon diese Beschränkung auf die wichtigsten Gesichtspunkte, die die Gewährung einer privaten Ersatzklage gegen Kartellverstöße befürworteten, reicht aus, um verläßliche Kriterien für die Abgrenzung des geschützten und damit des klageberechtigten Personenkreises bei unerlaubten Kartellverhalten zu vermitteln. Der Erfolg der dem Privatkläger durch Geltendmachung der Ersatzklage gestellten Aufgaben und damit die Zweckmäßigkeit privater Ersatzklagen überhaupt, wäre in höchstem Grade in Frage gestellt, wenn der Kreis der Schutzberechtigten etwa dahingehend eingeengt würde, daß nur Mitbewerber der gesetzwidrig handelnden Kartellteilnehmer, nicht aber auch deren Kunden und Lieferanten als klageberechtigt anerkannt würden. Gerade bei Kartellverstößen ist das Interesse der dem Kartell vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen an der Aufgabe der unerlaubten Praktiken zumeist viel stärker, als das der Mitbewerber-Außenseiter. Für diese bringt bloßes Kartellverhalten sogar in vielen Fällen Vorteile, an deren Fortdauer sie Interesse haben, und erst die Bekämpfung der Außenseiter durch das Kartell, die sich vor allem in Boykott- und Diskriminierungsmaßnahmen auswirkt, ruft diese dann zur Abwehr. Von daher erscheint es auch verständlich, daß bisher in der wissenschaftlichen Diskussion und insbesondere in der Rechtsprechung der Mitbewerberschutz im Vordergrund stand, was dem Umstand entspricht, daß gerade Boykott und Diskriminierung häufigster Anlaß für Ersatz- und Unterlassungsklagen waren. Verzichtet man dagegen bei der Verfolgung unerlaubter Absprachen auf die Unterstützung durch die mit der Preisgestaltung des Kartells als Außenstehende am besten informierten und auch materiell am meisten interessierten Kunden, so entschärft man damit die Waffe der Privatklage in einem solchen Ausmaß, daß an der ihr verbleibenden Schlagkraft, und da gerade darauf ihre Berechtigung und Förderung gestützt war, an diesen selbst gezweifelt werden müßte. Wollen wir also unserer früheren Ansicht, wonach die private Schadensersatzklage als bedeu

---

46) Vgl. die auswertende Gegenüberstellung oben 4. Kap. § 1.

sames und darum rechtspolitisch förderungswürdiges Sanktionsmittel beurteilt wurde, treu bleiben, so verlangt dies die Einbeziehung auch der Kunden und Lieferanten neben den Mitbewerbern in den durch das Verbot kartellmäßigen Verhaltens geschützten Personenkreis. Dabei kann hier noch zur Klarstellung angefügt werden, daß diese umfassende Bestimmung des geschützten Personenkreises keine Unterscheidung mehr dahin erlaubt, ob der betroffene Kunde etwa selbst wieder als Weiterverkäufer in einer Wettbewerbsposition betroffen ist, oder als Letztverbraucher nur durch ungünstigere Kartellbedingungen materiell beeinträchtigt ist.

Dieser an die früheren rechtspolitischen Erwägungen anknüpfenden Argumentation entspricht auch die Begründung, die wir allein auf der Basis der jedenfalls als primäres Schutzgut anzuerkennenden Wettbewerbsordnung finden können. Dabei läßt sich Wettbewerb nur als ein jeweils mehrseitig bezogenes Verhältnis denken[47]. Die Wettbewerbsbeschränkung durch horizontale Absprachen führt einmal zu einer möglichen Beeinträchtigung der Mitbewerber, die sich im Konkurrenzkampf jetzt nicht mehr einer Mehr- oder Vielzahl von Einzelunternehmen gegenübersehen, sondern einer durch Absprachen konzentrierten Marktmacht, was geschäftliche Erfolgsaussichten, sobald es zum offenen Kampf kommt, auf ein Minimum reduzieren wird; zum anderen aber, und darauf liegt das Schwergewicht, führt eine solche Absprache zu einer Beschränkung der Wahlmöglichkeit, vor allem der Kunden[48], denen damit die ihnen im Wettbewerbssystem zur Eigenverantwortung übertragene Interessenwahrnehmung unzulässig entzogen ist[49]. Gleichzeitig entfällt damit die wettbewerbsnotwendige Selektivwirkung der Marktentscheidung des unabhängigen Kunden[50], die allein den Wettbewerb funktionsfähig erhalten kann. Er, der eigenverantwortlich handelnde Kunde ist integrierendes Element einer Wettbewerbsordnung und bedarf darum auch des zur Vervollständigung und Bewahrung eines solchen Systems angemessenen Schutzes. Dieser aber

---

47) Fikentscher, Drittverträge, S. 793; ders. WuW 61, 795 und besonders deutlich Brugger, WuW 59, 482 f.; auch bei Lukes, Der Kartellvertrag, S. 164 findet sich diese Aufteilung in zwei verschiedene Vorstellungskreise.

48) Brugger, WuW 59, 482 ff.; Böhm, WuW 56, 173 (177); Ewald, WuW 56, 253 (256) allerdings mit Widersprüchen.

49) Durch die Beschränkung auf die Kunden (bzw. Lieferanten) wird die Befürchtung von Benisch, WuW 61, 770, der Kreis schutzberechtigter Dritter wäre nahezu unbegrenzt, hinfällig.

50) Dies verkennt Benisch, WuW 61, 767, der glaubt, der Handlungsfreiheit der Verbraucher keine Bedeutung beimessen zu müssen und für diese die Wohltat des Wettbewerbs lediglich in dem gesamtwirtschaftlichen Nutzen der Handlungsfreiheit seiner Lieferanten sehen zu können. Derselbe Vorwurf ist Kummer, a.a.O., S. 151, zu machen, der dem Endverbraucher ebenfalls die Wettbe-

darf sich seiner eigenverantwortlichen Aufgabe entsprechend nicht in bloßer, ihm aufgedrängter staatlicher Fürsorge erschöpfen, sondern muß Möglichkeiten für die Entfaltung individueller Initiative auch bei der gerichtlichen Verfolgung seiner Interessen belassen. Diesen Anforderungen entspricht am besten der Schadensersatzanspruch, so daß wir auch unter diesem Blickwinkel der Beurteilung der primär geschützten Wettbewerbsordnung zu einer Einbeziehung des Kunden in den Kreis der durch das horizontale Abspracheverbot Geschützten kommen.

(3) Bei der Abgrenzung des Schutzwirkungsbereichs des § 35 GWB gingen wir stillschweigend davon aus, daß diese in demselben weiten Rahmen erfolgen konnte, wie ihn die Rechtsprechung für § 823 Abs. II BGB entwickelt hatte. Die Berechtigung dazu schien sich aus einer Übereinstimmung beider Vorschriften nach Wortlaut und Sinn zu ergeben[51]. Nun verlangt allerdings Leo [52] für § 35 GWB eine engere Auslegung; er glaubt, aus dem Gesetz herauslesen zu können, daß seine Einzelvorschriften nur ausnahmsweise als Schutzgesetz in Betracht kommen können[53]. Dafür kann aber bereits seine Ausgangsüberlegung nicht überzeugen: weil das GWB die Vertragsfreiheit auf gewissen Gebieten einschränke, sei eine enge Auslegung der Vorschriften des Gesetzes geboten. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies selbst für beschränkende Normen, die möglicherweise doch grundrechtlich geschützte Güter betreffen, zutreffend ist; jedenfalls paßt die Begründung nicht für solche Normen, die dann einen Ausgleich schaffen wollen, wenn durch Verstöße gegen Gesetze, die selbst Grundrechte sichern wollen, besonders einschneidende Beeinträchtigungen privater Interessen verursacht sind. Hier müßte, der Sorge des Autors um den ausreichenden Schutz der Grundrechtsgüter zufolge, vielmehr gerade umgekehrt gelten, daß solchen Schadenssanktionen ein möglichst weites Feld eingeräumt wird. Die dunkel gebliebenen "allgemeinen rechtspolitischen Erwägungen"[54] sind ebenfalls keine anerkennenswerte Stütze seiner These. Gerade dazu wird man ihm den methodischen Vorwurf machen können, daß er den Spielraum zur Überprüfung der Einzelvorschriften bereits generell zu sehr beengt[55], ohne dadurch die Bedeutung der Einzelvorschriften noch voll ausschöpfen zu können. Seine Einwände sind daher weder im Grundsätzlichen, noch auf

---

werbsfunktion abspricht. Kummer und Benisch verwechseln wohl die Wettbewerbs- und die Unternehmerfunktion. Letztere allerdings wird dem Verbraucher regelmäßig fehlen (so auch BGH Urteil vom 26.10.61 (Kassenstrumpf) NJW 62, 200).

51) So außer der Begründung zum Reg. Entw. und der überwiegenden Lehre auch OLG Celle, WuW/E OLG 257 ("Braunkohlen") und OLG Hamburg, WuW/E OLG 3

52) Leo, Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, 485-99.

53) a.a.O., S. 487

54) a.a.O., S. 487.

55) Es heißt auf S.487: "Nach dem Vorstehenden kommen von vornherein nur ausnahmsweise Normen des GWB als Schutzvorschriften in Betracht."

dieser Basis in Einzelfragen, wie sich im folgenden zeigen wird, stichhaltig[56].

d) Die schützende Einzelnorm

Bisher ist allein entschieden, daß das Verbot horizontaler Wettbewerbsbeschränkung auch im Kundeninteresse besteht. Damit aber ist die Frage nach dem haftungsbegründenden Verhalten, die sich hier ähnlich wie bei der Bestimmung der Verbotsvorschrift für § 134 BGB stellt, noch offen; es erscheint möglich, daß entweder bereits der Kartellabschluß als Haftungsgrund für den Ersatz eines darauf zurückführbaren Schaden dient, oder sich Ersatzpflichten erst wieder an den Einzelvertragsschluß zu Kartellbedingungen knüpfen.

Nicht nur in der Problemstellung, sondern auch in der oberflächlichen Behandlung dem Komplex zur Begründung einer Einzelvertragsnichtigkeit sehr verwandt, befaßt sich eine ganze Reihe von Beiträgen fast ausschließlich mit allgemeinen Erörterungen zum Schutzzweck des § 1 GWB, ohne daß die Notwendigkeit beachtet wird, einmal darzustellen, worin denn nun gerade die schadensbegründende und ersatzverpflichtende Handlung liegen soll. Diese Aufgabe erwächst nicht allein aus einem akademischen Anliegen, sondern ist durch eine Reihe verschiedenartiger praktischer Folgen bedingt. So ergeben sich aus der Entscheidung zum Haftungsgrund möglicherweise wichtige Folgerungen, die die tatbestandlichen Anforderungen des Ersatzanspruchs, die Frage der Schadensbemessung und den Kreis der jeweils ersatzverpflichteten Personen betreffen.

(1) Der bisherigen Methode treu und in erster Linie bemüht, eine zweckmäßige Lösung zu finden, sind wir gehalten, zunächst die unterschiedlichen Auswirkungen, die sich bei einer Entscheidung zwischen Kartellabschluß und Kartellfolgeverhalten als Haftungsgrund ergeben, aufzudecken. Sollten sich hier bedeutsame Abweichungen herausstellen, so könnte dadurch unsere Entscheidung im Rahmen des vorhandenen Interpretationsspielraumes vorbestimmt werden.

Zunächst erscheint der Alternative zum haftungsbegründenden Verhalten ein verschieden begrenzter Kreis haftender Personen zu entsprechen. Eine Vorverlagerung der ersatzverpflichtenden Handlung in den Kartellabschluß ermöglicht es jedenfalls, alle dem Kartell angehörigen Unternehmen gleichermaßen in Anspruch zu nehmen, während die Entscheidung für das Kartellfolgeverhalten, also für das unerlaubte Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit des Kartellvertrages als Haftungsgrund eine Ersatzverpflichtung gerade nur auf den jeweiligen Kontrahenten zu beschränken scheint. Dieses unterschiedliche Ergebnis könnte vor allem in den Fällen von Bedeutung sein, in denen es dem beeinträchtigten Kunden darauf ankommt, einen Kartellpartner in Anspruch zu nehmen, der ihm die gewünschte Geschäftsbeziehung verweigert hat, was insbesondere bei gebietsaufteilenden Kartellen gerade die zu bekämpfende Kar-

---

56) Auch im Frankfurter Kommentar, Tz 10 zu § 35, sind die Forderungen Leo's als zu

tellfolge sein kann. Würde sich diesem berechtigten Interesse nur durch die erstere erwähnte Alternative entsprechen lassen, so wäre damit bereits ein wichtiger Gesichtspunkt für die Bestimmung des Haftungsgrundes gefunden. Daß dem aber nicht so ist, hat sich bereits bei der Untersuchung zum Begriff des Hinwegsetzens ergeben[57]). Dieser erschien elastisch genug, um auch gerade die Fälle mit einzuschließen, in denen sich ein Kartellpartner an eine unwirksame Gebietsaufteilung hält und entsprechend gewünschte Geschäftsverbindungen abschlägt. Das Interesse des durch die Absprache beeinträchtigten Kunden an der Inanspruchnahme eines unbeteiligten Kartellpartners kann insoweit nach beiden Möglichkeiten befriedigt werden.

Darüber hinaus kann aber auch in den Fällen, in denen dritte Kartellpartner für sich den Hinwegsetzungstatbestand nicht erfüllt haben, einem berechtigten Interesse geschädigter Kunden, gerade diese gleichwohl in Anspruch zu nehmen, durch die Annahme einer gesamtschuldnerischen Haftung aller Kartellteilnehmer, sei es aus den Gesichtspunkten der Mittäterschaft oder wenigstens der Anstiftung (§§ 830, 840 BGB) genügt werden[58]).

Eine weitere Verschiedenheit ergibt sich aus den jeweiligen tatbestandlichen Anforderungen der Haftungsnormen. § 1 GWB, der dann als Schutzgesetz heranzuziehen wäre, wenn wir den Haftungsgrund bereits im Kartellabschluß sehen wollte ist sowohl nach seinen objektiven wie nach seinen subjektiven Anforderungen weiter als § 38 Abs. I S. 1 GWB, der erst das kartellentsprechende Folgeverhalten verbietet; er verlangt weder ein zusätzliches Hinwegsetzen noch einen diesbezüglichen Vorsatz. Aus dieser Inkongruenz tatbestandlicher Anforderungen folgt, daß Ersatzansprüche, die sich auf § 1 GWB als Schutzvorschrift stützen auch dann noch in einer Reihe von Fällen gegeben sein werden, wenn die Voraussetzungen des § 38 GWB nicht mehr erfüllt sind. Es fragt sich daher, ob an einer möglichst weitreichenden Erstreckung der Ersatzansprüche ein vernünftiges Interesse besteht. Hierauf läßt sich keine Antwort geben, ohne daß Erwägungen zur Art und dem Ausmaß des zu ersetzenden Schadens Berücksichtigung fänden, wäre es doch ein nur wenig sinnvolles Unterfangen, den Haftungsgrund durch die Annahme einer entsprechend weiten Schutzvorschrift vorzuverlegen, dann aber feststellen zu müssen, daß in diesem früheren Stadium ein Ersatzanspruch noch jeweils mangels eines bestimmbaren Schadens zu entfallen hätte. Entsprechendes würde auch für den Unterlassungsanspruch gelten, wenn sich zeigen sollte, daß eine zur Klage berechtigende konkrete Einzelgefährdung allein durch den Bestand des Kartellvertrages noch nicht geschaffen ist.

---

weitgehend bezeichnet.

57) Vgl. dazu die Ausführungen im 5. Kap. § 2 III 2b.

58) Genaueres dazu unten bei I 2 c.

Diese Beziehung führt notwendig zur Verbindung unserer Erwägungen mit möglichen durch den Haftungsgrund bedingten Verschiedenheiten für die Schadensbestimmung. Die Arbeit von Lukes[59] ist für eine solche Verknüpfung gleichzeitig typisches wie warnendes Beispiel. Von dem vorgefaßten Ergebnis her bestimmt, daß die Beschränkung des Haftungsgrundes auf den Einzelvertragsschluß auf dem Wege des Schadensersatzanspruches nur zu einem unbefriedigenden, vertragslosen Zustand führen könne[60], sieht er sich zur Annahme des Kartellabschlusses als Haftungsgrund veranlaßt und berechtigt. Mit Hilfe der von ihm neu begründeten Kartelltheorie als einer Willenseinigung mit Reflexwirkungen glaubt er dann, das als erstrebenswert erkannte Ergebnis - "Wirksamkeit des Einzelrechtsgeschäfts mit den allgemein üblichen Bedingungen statt den für Dritte infolge des Kartells ungünstigen Bedingungen"[61] - erreichen zu können, da der Dritte insoweit gerade durch die von dem Kartell ausgehenden Reflexwirkungen[62] in seinen rechtlich geschützten Bereichen[63] beeinträchtigt sei. Der Abschluß des Einzelvertrages selbst wird dadurch allein noch zu einem den Schadensumfang bestimmenden Ereignis abgewertet, während die Schadensentstehung ausschließlich auf den trotz seiner Unwirksamkeit[64] reflektierenden Kartellvertrag zurückzuführen ist[65]. Diese Ansicht von Lukes, führt ihn unvermeidlich dazu, in § 1 GWB die den Ersatzanspruch begründende Schutzvorschrift zu sehen[66]. Sein Ergebnis lautet dann dahin, daß der Ersatzanspruch gem. § 35 in Verbindung mit § 1 GWB kartellbeeinträchtigten Dritten einen Anspruch auf die Preise, Vertragsbedingungen und sonstigen Nebenabreden gibt, wie diese ohne den Kartellvertrag, ohne die "reflektierende Norm", vereinbart worden wären[67].

Ohne hier mit einer sich aufdrängenden Kritik[68] an den Grundlagen der mit der Schöpfung "tatsächlicher Normen" schon begrifflich verwirrenden Argumenta-

---

59) Der Kartellvertrag, Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen, 1959.
60) A.a.O., S.183, 245 61) A.a.O., S.184, 189.
62) Lukes, a.a.O., S.170 übernimmt den Begriff von Ihering und sucht, die Parallele zu den Reflexwirkungen öffentlicher Normen, die vielfach ungenau als Rechtsreflexe von den subjektiv öffentlichen Rechten abgegrenzt werden.
63) Diese Bezeichnung wird unvermittelt für die zuvor nur als bloße Interessensphäre bezeichnete Stellung (S. 158) unterschoben. Auf S. 245, wo Lukes sich dagegen wendet, daß erst der Einzelvertragsschluß beeinträchtigend wirkt, wählt er jedoch wieder die insoweit passendere Interessensphäre.
64) A.a.O., S.180, 242/243. 65) A.a.O., S.190, 249. 66) A.a.O., S.185.
67) A.a.O., S.190 für produktions- oder absatzeinteilende Kartelle, S. 249 für regelaufstellende Kartelle.
68) Kritische Stellungnahmen finden sich bei: Baumbach-Hefermehl, Anm.28/29

tion[69] ansetzen zu müssen, muß die Überzeugungskraft seiner Argumentation bereits mit dem Wegfall der Prämisse, daß der Einzelvertragsschluß als Haftungsgrund nur zu einem unbrauchbaren Ergebnis führen kann, endigen. Da es sich bei diesem Nachweis ausschließlich um Fragen der Schadensbestimmung handelt, deren genauere Erörterung in diesem Zusammenhang nicht geraten erscheint, soll hier einstweilen als bloße Arbeitshypothese unterstellt werden, daß auch für den Einzelvertragsschluß als haftungsbegründende Handlung eine praktisch befriedigende Sanktion gefunden werden kann. Der Nachweis dieser Hypothese soll einem späteren Abschnitt vorbehalten bleiben[70].

Damit aber entfällt das wichtigste Anliegen für eine Vorverlagerung des Haftungsgrundes. Die verbleibenden Erwägungen lassen dann im Gegenteil ein solches Vorgehen als nicht ratsam erscheinen, denn es könnte jeweils nur zu einer Haftung dem Grunde nach führen, ohne damit die Angewiesenheit auf ein weiteres kartellentsprechendes Verhalten zur Schadensbestimmung ausschließen zu können. Ein solches Verhalten wird aber in aller Regel auch die zusätzlichen Tatbestandsmerkmale des "vorsätzlichen Hinwegsetzens" in § 38 Abs. I, S. 1 GWB erfüllen, während in den Ausnahmefällen, in denen dies nicht der Fall ist, eine Sanktion auch nicht gerechtfertigt erscheint, da hier der Kunde, der ohne unmittelbare Kartellauswirkung Nachteile erleidet, nicht schutzwürdig sein kann. Die bloße, von der Existenz eines Kartells ausgehende Motivierungsfunktion, etwa im Sinne von Lukes[71], genügt eben allein, ohne daß mit ihr gleichzeitig der entsprechende faktische Zwang verbunden ist, der sich erst in Einzelvertragsverhandlungen offenbart, noch nicht, um bereits die Notwendigkeit von rechtlichen Sanktionsdrohungen zu begründen[72]. Das von Interessengesichtspunkten beeinflußte weite Verständnis des Hinwegsetzungsbegriffs dient gleichzeitig zur ausreichenden Abgrenzung des Kreises der gegenüber dem Kartell Schutzwürdigen. An der dargelegten rein formellen Gewährung eines Anspruchs dem Grunde nach ist aber ein praktisches Bedürfnis nicht ersichtlich, so daß wir zum Abschluß dieser am Ergebnis ausgerichteten Überlegungen festhalten können, daß durch die angestellten Erwägungen jedenfalls eine Vorverlagerung des Haftungsgrundes in den Kartellabschluß nicht nahegelegt ist.

---

zu § 1 GWB, P. Ulmer, WuW 62, 6; Dörinkel, WuW 60, 341; Biedenkopf, BB 59, 1108; anerkennend Schwamberger NJW 59, 2191; in seinem Sinne wohl auch Merz JZ 59, 615, der von der Entwicklung entsprechender Tendenzen in der Schweiz berichtet.

69) Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, S. 112, sieht darin eine unberechtigte Vermischung soziologischer und rechtsdogmatischer Elemente.

70) Vgl. die Begründung unten § 2 I. 71) A.a.O., S. 195.

72) Die Behauptung von Lukes, a.a.O., S. 196, der Kartellvertrag habe die Funktion, Dritte von dem Bestreben, einen anderen als den kartellmäßig vorgese-

(2) Fehlt es somit an Gründen, die sich allein aus Zweckmäßigkeitserwägungen für ein Zurückgreifen auf § 1 GWB anführen lassen, so können die aus dem GWB ableitbaren systematischen Gründe den Ausschlag für die Bewertung des § 38 Abs. I S. 1 GWB als Schutzgesetz geben. Allein diese Lösung würde auch in Finklang mit der immer wieder zu Recht betonten Ansicht stehen, daß sich der eigentliche Vorwurf des Gesetzes nicht schon gegen das bloße Vorliegen einer Absprache, die formelle Wettbewerbsveschränkung, sondern erst gegen deren sich materiell ausiwrkenden Vollzug in jeder einzelnen Geschäftsbeziehung richtet[73].

Zur Erreichung der mit Hilfe des GWB angestrebten Wettbewerbsordnung bedient sich dieses Gesetz verschiedener rechtstechnischer Mittel. Diese teilt Spengler [74] in drei Kategorien ein: Eingriffs-, Unrechts- und Rechtsschutzverweigerungstatbestände. Bereits oben bei der Frage der Kartellwirkung auf den Einzelvertrag sind wir auf das Problem gestoßen, ob § 1 GWB selbst als eine Verbotsvorschrift angesehen werden kann; da § 1 dort aber schon tatbestandsmäßig nicht paßte, konnte die Frage offenbleiben. Die Aufgabe, das haftungsbegründende Schutzgesetz zu finden, zwingt nun aber zur Stellungnahme, ob § 1 allein ein bestimmtes Ver-

---

henen Einzelvertragsinhalt zu verlangen, abzuhalten, geht an der Realität doch entschieden vorbei. Insoweit wäre dann auch die Behauptung einer Willensmotivierung der Partner von Einzelrechtsgeschäften (S. 225) eine reine Hypothese.

73) Vgl. Fikentscher, Wettbewerb, S. 45, 70; Borchardt-Fikentscher, S. 33 ff.; Brugger, WuW 59, 477 f., der den Wettbewerbsbegriff in eine subjektive und objektive Seite auflöst. Zu dieser Ansicht hat sich inzwischen auch ausdrücklich der BGH (Urteil vom 26.10.61 NJW 62, 198) bekannt. In diesem Fall sah sich der Kläger durch einen Vertrag über die Belieferung von Kassenmitgliedern beschwert, durch den er als Lieferant ausgeschlossen blieb. Der BGH schreibt: "Es ist zunächst unbeachtet geblieben, daß die Klausel nicht in einem für alle verbindlichen Gesetz, sondern in einem privatrechtlichen Vertrag ... enthalten ist, der keine Rechtswirkung gegen Dritte wie die Kl. erzeugt. Durch die Klausel als solche konnte schon aus diesem Grunde in Grundrechte der Klägerin nicht eingegriffen werden. Die Frage, ob ein Eingriff in diese Rechte anzunehmen sei, konnte sich erst stellen, wenn die Beklagte der Klägerin gegenüber die Anknüpfung vertraglicher Beziehungen ablehnte." Dagegen dann wieder Kracht, NJW 62, 187, der glaubt, in dem Vertrag einen "wirtschaftsrechtlichen Tarifvertrag" sehen zu können.

74) Tatbestandsmäßigkeit, S. 25, 30.

halten vorschreibt und damit als Schutzvorschrift überhaupt in Frage kommen kann. Nach Spengler's Einteilung gehört § 1 GWB zweifellos zur Gruppe der Rechtsschutzverweigerungstatbestände [75], die aber nicht notwendig ein Verbot des Verhaltens, dem die Rechtsordnung die übliche Rechtsgeschäftswirkung nicht zuerkennt, beinhalten. Ein solches müßte ihm, eingedenk seines Anliegens strikter Kompetenzabgrenzung zwischen Justiz und Verwaltung, sogar höchst unzweckmäßig erscheinen [76], da es als Ansatz gerichtlicher Intervention nur Ermessensfreiheit und Verhandlungsmöglichkeiten der Kartellbehörde nachteilig beschneiden könnte.

Leo[77] betont insoweit richtig, daß als Verbots- und damit als Schutzvorschriften nur solche Normen in Betracht kommen können, die dem Einzelnen ein bestimmtes Verhalten vorschreiben. Mit der heute überwiegenden Ansicht wird man sagen können, daß § 1 GWB schon gar keine Verbotsvorschrift ist[78], die für sich allein eine Überprüfung auf den Schutzcharakter sinnvoll macht.

Biedenkopf[79], der zur Gruppe der Minderheitsmeinung zählt, schreibt, daß § 1 lediglich bestimmt, daß Kartellverträge unwirksam sind, was aber einem Verbot gleichkomme. Gerade er, der den Schutz von Grundrechten im Bereich der Wirtschaft als die wichtigste Aufgabe des GWB sieht, bedenkt dabei nicht, daß sich von diesem Standpunkt ein solches Verbot nur schwer erklären ließe. Der Tatbestand einer rein formalen Wettbewerbsbeschränkung kann nicht mit einem auf die Beeinträchtigung Dritter gegründeten Unwerturteil belastet sein. Erst durch die effektive Beschränkung wirtschaftlicher Entfaltungsfreiheit Dritter entstehen die Konflikte zwischen der von den Kartellpartnern in Anspruch genommenen Vertragsfreiheit und der Entfaltungs- und Wettbewerbsfreiheit Außenstehender[80], die das GWB zugunsten der letztgenannten Grundrechte löst. Die gesetzliche Regelung zielt allein auf die Verhinderung materieller Wettbewerbsbeschränkungen ab [81], was bereits im Ansatz auch dadurch erreicht werden soll, daß entsprechenden Kartellverträgen die Rechtsbindung versagt bleiben

---

75) Spengler, Tatbestandsmäßigkeit, S. 28; ders., WuW 1960, 419.

76) Tatbestandsmäßigkeit, S. 30.

77) WuW 59, 488 in Übereinstimmung mit Lehre und Rechtsprechung des Zivilrechts, vgl. BGB - RGRK Anm. 14 II.

78) Außer den Genannten: Benisch, DB 59, 457; ders., WuW 61, 769; Spengler, WuW 60, 420; Baumbach-Hefermehl, zu § 35 Anm. 7; Frankfurter Kommentar, zu § 35 Tz 16; Lieberknecht, MA 1958, 244.

79) Freiheitliche Ordnung, S. 11; entsprechend auch Fikentscher, Die Preisunterbietung nach neuem Wettbewerbsrecht, 1958, S. 40/41.

80) Vgl. dazu Fikentscher, Wettbewerb, S. 207 ff.; Nipperdey, Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht 1960, Brugger, WuW 59, 480.

81) Dies ergibt sich außerdem zwingend aus dem wirtschaftspolitischen Zweck,

soll[82].

Nun scheinen jedoch die Begründungen zum Entwurf des Gesetzes für die Ansicht von Biedenkopf zu sprechen. Dort ist von Geboten und Verboten der materiellrechtlichen Bestimmungen die Rede[83], ferner heißt es in Zusammenhang mit den Ausnahmebestimmungen, daß die Kartellverträge ja nicht schlechthin verboten sind[84]. Gleichzeitig wird aber festgestellt, daß das Gesetz soweit gegangen ist, bereits den Abschluß der Kartellverträge mit einer Sanktion - Geldbuße - zu bedrohen, sondern diese auf dessen effektive Durchsetzung beschränkt[85]. Es hat den Anschein, als würde der Begriff des Verbotes hier verwirrend in verschiedenem Sinn gebraucht. Die eine Frage ist doch nur, ob überhaupt Vertragsverhandlungen über eine Kartellvereinbarung aufgenommen und zu einverständlichem Abschluß gebracht werden dürfen; dies kann nicht verboten sein, denn anderenfalls wären die Ausnahmetatbestände in den §§ 2-8 GWB systemwidrig[86], und durch Erteilung oder Versagung einer Erlaubnis als Ermessensentscheidung würde sonst nachträglich über Berechtigung oder Verbot des Vertragsabschlusses entschieden. In anderem Sinne wird "verboten" als "von der Rechtsordnung mißbilligt" in den Fällen zu verstehen sein, in denen Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des Vereinbarten gesetzliche Sanktionen sind[87]. Einmal ist es also ein Tun, das verboten, das andere Mal ein Erfolg, der mißbilligt ist[88].

---

für den die Kartellabsprache als solche irrelevant ist; vgl. Leo, a.a.O., S. 490.

82) Es bleibt dabei zu beachten, daß der Ausdruck "materielle Wettbewerbsbeschränkung" in einem doppelten Sinn gebraucht wird. Einmal für die Aufstellung formaler Beschränkungen mit Marktauswirkung (in diesem Sinne zuletzt Fikentscher, WuW 61, 799) und dann für den Vollzug dieser Beschränkungen gegenüber den Marktpartnern.

83) BT-Drucksache 1158 Anlage 1 zu § 1, Gemeinschaftskommentar, S. 1074.

84) Zu § 2,1,a.a.O., S. 1077.

85) Zu § 31,1, a.a.O., S. 1103.

86) Darum bedarf es nicht noch zusätzlicher Zweckmäßigkeitserwägungen, die den Gesetzgeber geleitet haben können; vgl. Spengler, Tatbestandsmäßigkeit, S. 29.

87) So muß auch der BGH in WuW/E BGH 254 ("4711") verstanden werden: "Nach Wortlaut, Sinn und Zweck des § 15 GWB kann kein Zweifel sein, daß das Gesetz nicht nur das Mittel, also den Vertragsschluß, sondern den Erfolg selbst, nämlich die Beschränkung des anderen ... verbieten will." Bestätigt in WuW/E BGH 369 (Kohlenplatzhandel) mit Anmerkung von Benisch, a.a.O., S. 376.

88) Zum entsprechenden Ergebnis gelangt Reichel, AcP 104, 11, in einer Unter-

Wollte man sich formell auf diese systematisch-terminologischen Argumente stützen, so ließe sich mit einiger Berechtigung vortragen, daß § 1 GWB sich ausschließlich auf die Mißbilligung eines bestimmten Erfolges beschränkt, selbst aber kein Handlungsverbot enthält, gegen das ein Verstoß im Sinne des § 35 GWB möglich wäre. Wer jedoch von dieser Begründung allein noch nicht überzeugt und auch weiterhin in § 1 GWB eine Verhaltensnorm sucht, findet auf andere Weise den konstruktiven Weg, um die Haftung erst beim Einzelvertragsschluß zu begründen und damit der ausschließlichen Verurteilung materieller Wettbewerbsbeschränkungen zu entsprechen. Ihm eröffnet sich die Möglichkeit, die Verhaltensnorm des § 1 GWB als erst durch § 38 Abs. I S. 1 GWB zur Schutzvorschrift für Dritte aktualisiert zu beurteilen. Ohne daß sich aus diesem nur geringfügigen Unterschied in der Begründung abweichende praktische Folgerungen ergeben, verdient er es nicht, in diesem Zusammenhang weiter vertieft zu werden.

(3) Beiden Meinungen liegt zugrunde, daß als Schutzvorschrift unmittelbar nur § 38 Abs. I, S. 1 GWB Beachtung finden kann, der ein bestimmtes, das kartellentsprechende Verhalten als Ordnungswidirgkeit verbietet[89]. Nun ist diese Bestimmung keine selbständige, sondern im Gegenteil eine erst ausfüllungsbedürftige Norm, wobei sich das Ausmaß des Hinwegsetzungsverbotes erst aus der Abgrenzung des nach § 1 Unwirksamen erfassen läßt. Der materielle Verbotsgehalt ergibt sich darum weiterhin aus § 1 GWB, und § 38 Abs. 1. S. 1 bestimmt lediglich das auf den Grundtatbestand bezogene, haftungsbegründende Verhalten. Darum können beide Normen hinsichtlich ihrer Schutzwirkung auf Dritte nur einheitlich beurteilt werden. Jedenfalls wäre es völlig ungereimt, dem § 1 als Grundnorm für den Schutz eines dreibezogenen Wettbewerbsverhältnisses auch Schutzwirkung für Dritte zuzusprechen[90], dies jedoch für die Norm, an die sich allein ein entsprechender Ersatzanspruch des Dritten knüpfen kann, zu versagen. Viel näher läge es, gerade umgekehrt zu argumentieren: wenn schon § 1 GWB auch dem Schutz Dritter dient, obwohl dessen Interessen noch gar nicht unmittelbar betroffen sind, so muß dies umso mehr für § 38 Abs. I S. 1 gelten, wo sich durch unerlaubtes "Hinwegsetzen" drohende in effektive Beeinträchtigung des einzelnen Dritten umsetzt. Während § 1 GWB wettbewerbswidrige Benachteiligung von Allgemeinheit und Individuum schon in der Planung unmöglich zu machen sucht, richtet sich § 38 gegen die ernsteren Folgen der Durchführung, deren unmittelbar schädigende Auswirkung Buß- und Schadenssanktionen nicht nur billigenswert, sondern notwendig machen.

---

suchung zum Verbotscharakter des § 125 BGB.

89) In der Terminologie Spengler's, Tatbestandsmäßigkeit, S. 29, kann der zivilrechtlich maßgebende "Unrechtstatbestand" erst "im Beginn der Ausführungen des Vertragsvorhabens" erblickt werden.

90) Vgl. dazu oben in diesem Kapitel § 1 II 1 c (1).

Die gegenteilige Ansicht, die wiederum formal juristisch dem § 38 Abs. I S. 1 den Charakter einer Schutzvorschrift abspricht, klammert sich vor allem an den Unterschied zwischen Justiz- und Verwaltungsdelikt, wobei Ordnungswidrigkeiten lediglich als Verwaltungsdelikte und daher ausschließlich im Allgemeininteresse geschaffen sein sollen[91]. Die Unergiebigkeit einer solchen rein begrifflichen Folgerung haben wir oben, bei der entsprechenden Fragestellung im Rahmen des § 134 BGB bereits nachgewiesen[92]. Im Zusammenhang mit § 35 GWB tritt dazu noch ein weiteres, überzeugendes Argument: Wie soll sich eine Aufspaltung in Justiz- und Verwaltungsdelikte, mit der Folge, daß sich nur bei den ersteren Schadensersatzkonsequenzen ergeben, noch aufrecht erhalten lassen, wenn § 35 GWB selbst Verstöße gegen Schutzvorschriften und Verwaltungsverfügungen als Anspruchsvoraussetzungen gleichstellt?

Daß daneben diejenigen, die dem GWB überhaupt nur reinen Institutionsschutz zuschreiben, auch über § 38 Abs. I S. 1 nicht zur Anerkennung von Ersatzansprüchen Dritter gelangen, versteht sich.

(4) Rechtsprechung [93] und Literatur[94] sind ebenfalls wenigstens vereinzelt zu diesem Ergebnis gelangt. Dabei war wohl Flume[95] der erste, der diese Verbindung gesehen hat. Nun macht allerdings gerade er eine bedeutsame Einschränkung, die hier noch der Nachprüfung bedarf. Er gibt zu der Frage des Schutzgesetzes eine verschiedene Antwort, je nachdem, was als Folge der verbotenen Preisabsprache geschieht. Führt diese zur Konstituierung eines neuen Makrtpreises, so betrifft dies nach seiner Ansicht nur den Status des Marktes, dem gegenüber es keine selbständigen Recht und Interessen von Einzelnen geben soll. "Deshalb verstoßen diejenigen, welche durch eine verbotene Preisabsprache einen Marktpreis konstituieren, nicht gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz"[96], son-

---

91) Strickrodt, Lieferverträge, S.88; Leo, WuW 59, 490.

92) Vgl. 5.Kap. § 2 III 2b (2) bb. Hier wäre noch darauf hinzuweisen, daß allein aus der Versagung die Nichtigkeitsfolge bei Verstößen gegen § 38 I 1 GWB auf die Eignung derselben Bestimmung als Schutzvorschrift nicht geschlossen werden kann. Die parallele Behandlung zwischen beiden Tatbeständen ist dadurch ausgeschlossen, daß Privat- und Allgemeininteressen, jeweils einer im Gewicht verschiedenen Bewertung unterliegen, vgl. dazu Erlanger, Zur Anwendbarkeit des § 134 BGB auf Schutzgesetze, LZ 1932, 343.

93) LG Düsseldorf vom 28.3.58 in WuW/E LG/AG 98 und LG Düsseldorf vom 8.9.59 in WuW/ELG/AG 149 (§ 1 in Verbindung mit § 38 Abs. II S. 2); entsprechend BGH im "4711" Urteil WuW/E BGH 253 für § 15 in Verbindung mit § 38 Abs. II S.2.

94) Baumbach-Hefermehl zu § 35 Anm. 7; Spengler, Tatbestandsmäßigkeit, S. 30; ders. WuW 60, 420.

95) WuW 1956, 465 Anm. 13.

96) A.a.O., S.465.

dern nur diejenigen, die mit ihrer Absprache weniger erfolgreich waren und sich nur in Einzelfällen gegen generell günstigere Marktbedingungen durchzusetzen vermögen. Abgesehen vom Paradox einer solchen Unterscheidung, auf das Flume selbst hinweist[97], muß diese aus praktischen, wie aus dogmatischen, Gründen abgelehnt werden. Flume befürchtet, durch eine anderslautende Entscheidung die Gerichte zu einer ihnen nicht zustehenden Marktpreisbestimmung anzuhalten. Wer anders als der Richter soll dann aber die für seine Argumentation wichtige Entscheidung treffen, welches der bestehende Marktpreis ist und inwieweit er vom Kartellpreis abweicht? Außerdem wäre es doch widersinnig, eine Zeit lang, bis sich die Kartellbedingungen auf dem Markt durchgesetzt haben, Schutzgesetzeigenschaft zu bejahen, sie von da ab jedoch zu verneinen. Allein der Umstand, daß alle Abnehmer einen höheren Preis als kartellbestimmten Marktpreis zahlen müssen, schließt doch eine Schädigung des einzelnen nicht aus. Daß es ihm schwerer fallen wird, seinen Einzelschaden nachzuweisen, steht auf einem ganz anderen Blatt. Erst wenn die Kartellabsprache völlig von den Marktverhältnissen aufgesogen ist und sich auch über die Preis-Lohnspirale möglicherweise wieder auf die Einkommensverhältnisse auswirkt, kann eine Schädigung Einzelner entfallen. Dann aber haben wir es mit einem Problem des Schadenseintritts[98] und nicht mit einer Frage nach dem Schutzgesetzcharakter, der sich nur einheitlich bestimmen läßt, zu tun. Gerade dies wird wiederum in den Entscheidungen aus dem amerikanischen Recht, die Flume fälschlicherweise für seine These anführen zu können glaubte[99], besonders deutlich.

2. Tatbestandliche Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches

Mit der Schlußfolgerung, daß § 38 Abs. I S. 1 GWB als Schutzvorschrift im Sinne des § 35 GWB anzuerkennen ist, ist zwar für den auf Schadensersatz klagenden Dritten eine Hürde überwunden, vor der bereits ein Großteil der Lehre zurückgeschreckt hat. Der Weg bis zum Ziel führt ihn aber auch weiterhin über schwierige Klippen.

a) Zunächst muß das schadenstiftende Verhalten des Kartellpartners einmal den Tatbestand des § 38 Abs. I S. 1 GWB erfüllen, wozu ein vorsätzliches Hinwegsetzen[100] über einen nach § 1 unwirksamen Kartellvertrag Voraussetzung ist

---

97) A.a.O., S.469; ferner Benisch im Gemeinschaftskommentar § 35, Anm. 3

98) Insofern erscheint auch die Deutung von Fikentscher, Drittverträge, S.796, es handle sich in diesen Fällen um überholende Kausalität, nicht zutreffend

99) A.a.O., S. 468.

100) Zur Bestimmung dieses Merkmals darf auf die Ausführungen im vorausgegangenen 5.Kapitel § 2 III a b (1) verwiesen werden.

b) Dieser Verstoß muß ferner rechtswidrig und schuldhaft sein, sowie zu einer vom Gesetz gedeckten und ersetzbaren Schädigung des Klägers führen. Während sich manche Schwierigkeit, die sich aus dem vertraglichen Einverständnis des Kartellpartners und des klagenden Dritten ergibt, bereits im Bereich der Tatbestandsmäßigkeit durch die Auslegung des Begriffes "hinwegsetzen" klären lassen wird, sind auch andere Fälle denkbar, in denen die Rechtswidrigkeit des Kartellverhaltens in Frage stehen könnte[101]. Solche Zweifel liegen vor allem dann nahe, wenn der klagende Dritte ohne zwingende Gründe und im Bewußtsein der Kartellwidrigkeit des Verhaltens seines Kontrahenten dennoch mit diesem abschließt. Trotzdem wird man hier nicht sagen können, daß etwa durch das Einverständnis des Dritten die Rechtswidrigkeit des Verstoßes gegen § 38 und damit des ersatzverpflichtenden Handelns entfallen könnte. Solange eine bestimmte Handlung auch im Allgemeininteresse verboten und darüber hinaus strafbar ist, bleibt ein privater Rechtfertigungsgrund unbeachtlich[102]. Jede andere Lösung müßte zu einer Spaltung und Relativierung des Begriffes der Rechtswidrigkeit führen. Solches Drittverhalten wird daher nur im Rahmen eines anteiligen oder überwiegenden Mitverschuldens bei der Schadensentstehung berücksichtigt werden können[103]. Inwieweit sich jedoch der Kartellpartner durch die Vertragsbereitschaft des Dritten auf dessen Mitverschulden zur Verteidigung der gegen ihn gerichteten Ersatzansprüche berufen darf, wird entscheidend davon abhängen, ob der Geschädigte überhaupt noch rechtlich oder faktisch die Möglichkeit hatte, zu besseren Bedingungen beziehen zu können. Ausschließlichkeitsbindungen sowie Waren- oder Bereichsmonopol schließen solchen Einwand sicherlich aus, während ihn beispielsweise Bindungen durch Gesamtumsatzrabatt oder Marktmacht wenigstens bis zu einem gewissen Grad rechtfertigen können. Wie hier die Grenzen verlaufen, läßt sich verallgemeinernd nicht festlegen. Elastizität des Begriffes und Beweislastverteilung lassen jedoch im Einzelfall ein angemessenes Ergebnis erreichbar erscheinen[104].

Die Frage des Verschuldens selbst dürfte nach der Publizität, die die Kartelldiskussion gewonnen hat, kaum mehr streitig werden. Jeder Geschäftsmann weiß heute[105], daß Kartellverhalten bestimmter Art grundsätzlich verboten und nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig sein kann. Daß damit gleichfalls faktische

---

101) Die Widerrechtlichkeit ergibt sich generell ohne weiteres aus dem Verstoß gegen das Schutzgesetz.

102) Gleicher Meinung: Fikentscher, Drittverträge, S. 797 im Einklang mit der Zivilrechtsprechung, RGZ 159, 102.

103) Frankfurter Kommentar Tz 63 zu § 35.

104) Zu weiteren Fragen im Bereich der Rechtswidrigkeit vgl. Spengler, Tatbestandsmäßigkeit II, S. 35-46.

105) Insoweit stimmen wir den Einschränkungen, die für die erste Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes gemacht wurden, zu; vgl. Benisch im Gemeinschaftskom-

Kartelldurchsetzung untersagt ist, bleibt auch ohne Kenntnis des Gesetzes im einzelnen eine logische Folge, was zu übersehen jedenfalls den ausreichenden Vorwurf der Fahrlässigkeit begründet[106]. Ersatzklagen, deren Schwierigkeit im Verschuldensnachweis liegt, dürften fast ausschließlich in Irrtumsfällen vorkommen, in denen die Kartellpartei das Erlaubtsein oder die Genehmigung des Kartellvertrags irrtümlich annimmt. Die Frage, inwieweit dieser Irrtum entschuldbar sein kann und dann eine Schadensersatzverpflichtung ausschließt, unterliegt den allgemeinen Regeln des Zivilrechts[107].

c) Im übrigen gelten die allgemeinen Regeln des Schadensersatzrechts nach BGB [108]. Die in Anspruch genommenen Unternehmer und Unternehmen haften gem. §§ 30, 31, 89 BGB für Vorstand und sonstige Organe und gemäß § 831 BGB auch für ihre Verrichtungsgehilfen, wobei der Entlastungsbeweis nur in Ausnahmefällen gelingen dürfte. Üblicherweise schließen ja Angestellte nicht ohne Wissen der Unternehmensleitung Kartellverträge, und selbst, wenn dies einmal der Fall sein sollte, wird man dann wegen der mangelnden betrieblichen Kontrolle, die eine solche Gesetzesverletzung möglich machte, den dezentralisierten Entlastungsbeweis auszuschließen haben[109]. Der kartellentsprechende und die Haftung begründende Einzelvertragsschluß geschieht aber durch Angestellte meist infolge Beachtung betriebsinterner Anweisungen.

Wen der geschädigte Kunde auf Schadensersatz in Anspruch nehmen will, steht in seiner Wahl. Er ist sowohl bei einfachen Kartellen wie bei Syndikaten nicht darauf beschränkt, den Ersatz gerade von seinem Vertragspartner zu fordern. Auch die übrigen Kartellmitglieder haften ihm als Mittäter und Gesamtschuldner (§§ 830, 840 BGB). Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob die übrigen Kartellmitglieder als echte Mittäter zu behandeln, oder nur als Anstifter gemäß § 830 Abs. II BGB diesen gleichzustellen sind. Die notwendige Voraussetzung gegenseitigen Zusammenwirkens läßt dabei echte Mittäterschaft als die zutreffende Beteiligungsform erscheinen[110]. In Einzelfällen wird man jedoch eine starre Lösung dadurch vermeiden müssen, daß diejenigen Unternehmen, die als nur schwache Außenseiter zum Anschluß an den Kartellverband gezwungen werden, auch die Möglichkeit

---

mentar, S. 649.

106) Entsprechend Fikentscher, Drittverträge, S. 798. Außerdem ist nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 21.12.55, LM § 823 Bc Nr. 1) jedermann im Rahmen seines Wirkungskreises verpflichtet, sich über das Bestehen von Schutzgesetzen zu unterrichten.

107) Vgl. RGZ 68, 431, 437; 73, 337.

108) Benisch, Gemeinschaftskommentar, Anm. 12 zu § 35.

109) Fikentscher, Drittverträge, S. 798. Dies entspricht der Tendenz der Rechtsprechung, an diesen Beweis sehr strenge Anforderungen zu stellen. RGZ 78, 109; RG JW 39, 56; BGHZ 4, 1; 11, 151 (155).

110) Gleiche Gedanken leiten auch die amerikanische Rechtsprechung, die aner-

einer Haftungsbefreiung haben[111].

d) Bei der Besprechung der Schadensersatzklagen im amerikanischen Antitrust-Recht begegneten wir verschiedentlich dem Haftungseinwand der "unclean hands". Nach dieser ebenfalls in der Equity Gerichtsbarkeit entwickelten Doktrin ist es dem Kläger, der sich eigener Wettbewerbsverstöße schuldig gemacht hat, verwehrt, seinerseits einen durch Wettbewerbsverfälschung erlittenen Schaden mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen[112]. Das deutsche Recht kennt einen ähnlich weitreichenden Grundsatz nicht; wenn auch unter engeren Voraussetzungen, so ließe sich hier aber doch an eine Parallele zu dem im Recht des unlauteren Wettbewerbes entwickelten Rechtssatz denken, daß demjenigen ein Schadensersatzanspruch verweigert wird, der die Begründung dafür in einem Verhalten sucht, das er selbst geübt hat[113].

II. Kartellverhalten als Verletzung subjektiver Rechte

1. Betätigungsfreiheit im Wettbewerb als subjektives Recht

Noch vor Stellungnahme zu den Schadensproblemen ist die zunächst offengebliebene Frage, ob neben dem durch Spezialnormen gewährten Schutz rechtlicher Interessen der Kartellkunden, von diesen auch der Schutz subjektiver Rechte absoluten Charakters beansprucht werden kann, zu beantworten.

Die noch immer nicht abgeschlossene Entwicklung und Ausweitung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts[114] legt es nahe, ein allgemeines Recht auf Freiheit wettbewerblicher Betätigung als eine besondere Ausformung[115] anzuerkennen und als

---

kennt, daß jedes Kartellmitglied auf den vollen Schaden haftet. Im Chattanooga Foundry Fall (203 U.S. 391) wurde ja auch ein Nicht-Vertragspartner auf Schaden in Anspruch genommen und verurteilt.

111) Vgl. dazu Byldlinski, Mittäterschaft im Schadensrecht, AcP 158, 410 (417 f., 430).

112) Die bedeutsamen Beschränkungen, denen dieser Einwand neuerdings auch in der amerikanischen Rechtsprechung unterliegt, werden deutlich in Kiefer, Stewart v. Seagram & Sons (340 U. S. 211 (1951)).

113) Dazu: Spengler, WuW 60, 422 und die dort angegebene Literatur.

114) Vgl. zur Entwicklung Bussmann, Verhandlung des 42. Deutschen Juristentages (1957) Bd. I, 1. Teil; Übersicht über die Literatur bei Palandt-Danckelmann, 20. Auflg., Einf. 2 vor § 1 BGB, zuletzt von Caemmerer in Wandlungen des Deliktrechts, a.a.O., S. 102 ff.

115) Daher braucht in diesem Zusammenhang nicht auf die verfassungsmäßige Un-

eigenständiges sonstiges Recht im Rahmen des § 823 Abs. I BGB zu werten[116]. Nachdem wir nun jedoch gesehen haben, daß die Spezialnormen des GWB gegen schädigendes Kartellverhalten einen umfassenden Schutz gewähren, dessen Wirksamkeit nur noch von der Frage der Schadensbestimmung abhängt, die sich aber für den Anspruch aus § 823 Abs. I nicht anders stellen kann, stehen den vielen, bereits erwähnten Nachteilen einer solchen Rechtsschöpfung ohne scharfe Abgrenzungen[117] weder Erforderlichkeit noch Vorteil gegenüber. Die Frage der Zulässigkeit wettbewerbsmäßiger Beeinträchtigung könnte sich nicht anders als beim Normenschutz aus der Regelung des GWB ergeben[118], so daß wir durch ein solche Konstruktion um nichts reicher wären, als um einen subjektiven Rechtsbegriff ohne eigene Aussagekraft[119].

Auch denjenigen, die die Schutzwirkung des Kartellverbotes zugunsten Dritter verneinen, bietet sich über die Anerkennung eines absoluten subjektiven Rechtes keine Ersatzlösung. Für sie muß die Konstituierung eines solchen Rechtes mit Schutzwirkung gegen Kartellverhalten schon außer jeder Diskussion sein, wollen sie sich nicht den Vorwurf grundlegender Methodenmißachtung zuziehen.

Das vorliegende Teilproblem aus dem Wettbewerbsrecht kann daher unter Verzicht auf die Neuschaffung eines subjektiven Rechts bewältigt werden. Solange dieses aus anderen Gründen nicht unverzichtbar wird, sollte mit einer entsprechenden Weiterentwicklung des Persönlichkeitsrechtes unbedingt zugewartet werden.

---

termauerung und auf grundrechtliche Konkurrenzprobleme eingegangen zu werden. Vgl. dazu Fikentscher, Wettbewerb, S. 207 ff.

116) Baumbach-Hefermehl, Allg. Anm. 81 verstehen die wirtschaftliche Betätigung lediglich als wichtigen Teil des Rechtes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit; Fikentscher, Wettbewerb, S. 27, 238 hält die Möglichkeit eines subsidiären Schutzes über § 823 Abs. I BGB offen; er verweist dabei auf die bekräftigende Ansicht Hubmanns, Das Persönlichkeitsrecht, 1953, S. 148 und in ZHR 117, 41 ff.

117) Vgl. dazu noch die Zusammenstellung des Für und Wider bei Fikentscher, Wettbewerb, S. 235 und die Kritiker an der Entwicklung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht, insbesondere Larenz, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Recht der unerlaubten Handlungen, NJW 1955, 521.

118) Anders ist eine Abwägung der einander entgegenstehenden Rechte gleichberechtigter Wirtschaftssubjekte nach dem Grad ihrer Schutzwürdigkeit nicht denkbar. Jedes Gewinnstreben ist im Rahmen der Sittenordnung, die keineswegs durch die Sonderbestimmungen des GWB festgelegt ist, erlaubt und daher wegen kollidierender Interessen des Marktpartners ohne Bezug auf besondere Verbote nicht als tatbestandsmäßiges Verhalten abzugrenzen.

119) Bereits 1948 warnte Raiser, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in Fest-

2. Das Recht am Unternehmen

Ebensowenig liefert das umstrittene Recht am Unternehmen[120] oder, wie es in der Terminologie der Rechtsprechung bisher heißt, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eine weiterführende Anspruchsgrundlage. Die einschränkende Voraussetzung, daß der Eingriff in den Bestand des Geschäftsbetriebes erfolgen müsse, wurde noch in späten Entscheidungen des RG[121] und in der Rechtsprechung des BGH[122] aufgegeben; damit erscheint eine Auslegung möglich, die auch bereits schädigendes Kartellverhalten als Eingriff ersatzpflichtig macht[123]. Gleichermaßen wie bei der Betätigungsfreiheit als subjektives Recht könnte sich aber auch hier die Unzulässigkeit des entsprechenden Eingriffs allein aus den GWB-Bestimmungen ergeben[124], wodurch eine unerwünschte Doppelgleisigkeit geschaffen würde, die in Rechtsprechung und Literatur zur Annahme der Subsidiarität des Unternehmensschutzes gegenüber sondergesetzlichen Ansprüchen geführt hat[125].

III. Kartellverhalten als Verletzung vertraglicher oder vertragsähnlicher Pflichten

Nach den deliktsrechtlichen Tatbeständen verdient noch die Möglichkeit der

---

schrift für Jul. v. Gierke, S. 197, vor einer solchen unbesehenen Austeilung subjektiver Rechte. In gleicher Richtung auch heute noch Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465, bes. 472, sowie v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktrechtes, a.a.O., S. 112.

120) In Einzeluntersuchungen u.a. dargestellt bei Hubmann, Das Recht am Unternehmen ZHR 117, 41 ff.; Fechner, Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft (1942); Nipperdey, Die Frage des Schutzes des Unternehmens nach § 823 Abs. I BGB, Beiträge zum Wirtschaftsrecht 1932 II, 445 ff.; Schippel, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (1956).

121) RGZ 158, 377 (1938); 163, 21, 32 (1940) und die in BGHZ 8, 394 zitierten.

122) BGHZ 3, 270 (1951, Constanze I); ferner BGHZ 8, 142; 24, 200; 29, 70 mit einer instruktiven Übersicht über die Entwicklung der Rechtsprechung.

123) Spengler, WuW 54, 200.

124) Die vielfach vorgeschlagene Interessenabwägung verspricht hier ebensowenig Erfolg wie Abgrenzungsversuche nach der Sozialadäquanz. Ablehnend auch Frankfurter Kommentar Tz 92 zu § 35.

125) So ausdrücklich BGHZ 8, 387, 384 (1953); ferner Giesecke, Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens, GRUR 50, 298, 311; Völp, Probleme des Rechts am Gewerbebetrieb, WuW 1956, 32/33; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm. 42; von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, a.a.O., S. 90.

Haftung auf vertraglicher Basis Erwähnung. Da der Einzelvertrag selbst zu den Kartellbedingungen für die Parteien bindend ist, scheiden damit Ansprüche oder Einwände gegen seinen Vollzug aus dem Vertragsrecht oder dem Recht positiver Forderungsverletzung aus, der Vertrag wird so, wie er wirksam vereinbart wurde, auch erfüllt[126]; darüber hinaus sind keine sekundären Leistungspflichten verletzt[127].

Auch über die Hilfskonstruktion des Verschuldens beim Vertragsschluß[128] läßt sich eine weitere Anspruchsgrundlage nicht erreichen. Einmal kann keine grundsätzliche Verpflichtung eines Vertragspartners zur Aufklärung über seine Kartellzugehörigkeit angenommen werden[129]. Darüber hinaus können aber auch gerade die Umstände, die zu einem wirksamen Vertragsschluß geführt haben, nicht später auf diesem Umweg zur Grundlage eines Ersatzanspruchs gewählt werden und dadurch die besonderen gesetzlichen Bestimmungen für die Folgen unlauteren Verhaltens beim Vertragsschluß wie insbesondere die Anfechtung gemäß § 123 BGB gegenstandlos machen[130].

§ 2 ABGRENZUNG, BEMESSUNG UND BEWEIS DES SCHADENS

Die begrenzte Zahl deutscher Beiträge, die sich bis heute mit der Frage des Schadenersatzes für Kartellbeeinträchtigungen auseinandergesetzt haben, läßt die besonderen Schwierigkeiten sowie die Vorrangstellung des Schadensproblems nicht deutlich werden. Selbst umfangreichere Arbeiten, wie die von Lukes, verwenden auf diese praktisch wichtigste Frage nur einen kurzen Abschnitt. Bei Flume und Ballerstedt findet sich lediglich eine die Fragwürdigkeit der Ersatzklage insgesamt herausstreichende Verbindung dieser Frage mit den Problemen des gesetzlichen Schutzcharakters, die dann die Kapitulation vor solchen Schwierigkeiten und damit die Ver-

---

126) Im gleichen Sinne Fikentscher, Drittverträge, S. 797; Benisch im Gemeinschaftskommentar, S. 653.

127) Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., § 79, 4.

128) Grundlegend v. Ihering, Culpa in contrahendo, Ihering Jb. 4, 1; Stoll, Die Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ. 23, 532.

129) Im gewöhnlichen Fall kann in der unterlassenen Aufklärung keine Mißachtung der vom BGH (BGHZ 6, 330) geforderten "verkehrsüblichen Sorgfalt im Verhalten gegenüber dem Geschäftsgegner" gesehen werden. Vgl. zur Abgrenzung Esser, a.a.O., § 33

130) Insoweit kann der Meinung Fikentscher's, Drittverträge, S. 797, nicht zugestimmt werden, der zwischen der zur Anfechtung berechtigenden Arglist und der Mißachtung der vorvertraglichen Sorgfaltspflicht einen graduellen Unterschied annimmt.

sagung des Anspruchs zwingend erscheinen lassen soll. Da auch die deutsche Rechtsprechung diesen Fragenkreis bisher noch kaum und dann nur sehr sporadisch berührte, war es schon aus diesem Grund notwendig, Anschauung und Orientierung im amerikanischen Antitrustrecht zu suchen, das uns nicht nur mit einer reichen Kasuistik zunächst die Sachprobleme und dann auch Wege zu ihrer Bewältigung zeigt, sondern außerdem in einer recht ansehnlichen Spezialliteratur auch bereits gewisse Grundregeln zum Schadenserfordernis und -nachweis erarbeitet hat. Dieser Verdienst besteht trotz einer noch immer zu vermissenden Einigkeit über den Gebrauch bestimmter Begriffe, die vielfach unterschiedslos und synonym gebraucht werden.

Mit Geltung gleichermaßen für das deutsche Recht gipfeln die Schwierigkeiten in zwei Problemkreisen:

1. Was kommt als ersetzbarer Schaden in Frage und wie bestimmen sich dementsprechend Voraussetzungen und Beweispflichten ?

2. Wie kann diesen Anforderungen in der Praxis Genüge getan werden, und mit welchen Maßstäben ist die Beweisstrenge zu beurteilen ?

I. Naturalherstellung als Ersatzform

Die Berechtigung der geplanten Paralleluntersuchung zu Fragen der Schadensbestimmung ist so lange in Frage gestellt, als nicht auf einen grundlegenden Unterschied des Schadensersatzrechtes in beiden Rechtskreisen hingewiesen ist. Einer historischen Entwicklung des Common Law zufolge, kann dort auch heute noch im ordentlichen Gerichtsweg nur auf Geldersatz geklagt werden, während die sogenannte "specific performance" als Naturalherstellung nur in besonderen Ausnahmefällen, in denen reiner Geldersatz nicht befriedigen kann, in der Equity-Gerichtsbarkeit angeordnet werden kann[1]. Diesem Grundsatz entspricht auch die Schadensersatzbestimmung Sec. 4 Clayton Act, die ausschließlich auf dreifachen Geldersatz gerichtet ist.

Gerade umgekehrt ist das Prinzip unseres Schadensersatzrechtes, das in § 249 BGB von der Naturalrestitution als Grundregel ausgeht und statt dessen nur in den Sonderfällen des § 251 BGB Geldersatz zuläßt. Dementsprechend sahen beispielsweise auch weder Fikentscher[2] noch Lukes [3] in unseren Fällen die Voraussetzun-

---

1) Walsh, A Treatise on Equity, 1930, S. 133/134; Mc Clintock, On Equity, 1948, S. 358.

2) Drittverträge, S. 796.

3) Kartellvertrag, S. 184, 245.

gen des Geldersatzes gegeben. Zu Unrecht verschanzen sich dabei beide hinter ein Prinzip, das nicht als Eigenwert geschaffen wurde, sondern nach Ansicht seiner Schöpfer am ehesten den Interessen des ersatzberechtigten Gläubigers entsprechen sollte[4]. Damit sollte aber keineswegs umgekehrt das Ausgleichsverlangen in eine Zwangsjacke gefesselt werden, wonach grundsätzlich zuerst einmal Naturalrestitution gefordert und zuerkannt werden muß. Das eben wird ja in § 251 BGB deutlich, den beide unberücksichtigt lassen. Dabei ist es doch offensichtlich, daß allein mit einer Vertragsauflösung nun auch im Wege des Schadensersatzrechtes dem schutzberechtigten Dritten in keiner Weise geholfen ist. Ohne gleichzeitigen, allgemeinen Kontrahierungszwang[5] wären seine Interessen nur dann gewahrt, wenn der Einzelvertrag auch im Wege einer Schadenssanktion so modifiziert werden könnte, daß gerade die kartellbedingten Folgen ausgemerzt wären. Es bedarf an dieser Stelle keiner neuen Überprüfung dieser Frage. Die Erwägungen, die sowohl eine Voll- als auch eine Teilnichtigkeit des Einzelvertrages als unbillig und undurchführbar ausschlossen[6], haben hier gleichermaßen Geltung. Lukes stimmt mit dieser Interessenbeurteilung noch überein, glaubt aber, ein anderes Ergebnis nicht erreichen zu können[7] und sucht dann eine angemessenere Lösung nicht über § 251 BGB und den einen größeren Spielraum gewährenden Geldersatzanspruch, wie konsequenterweise zu erwarten wäre, sondern wählt den Weg des größten Widerstandes und sucht sich mit einer Vorverlagerung des Haftungsgrundes in den Abschluß des Kartellvertrages zu behelfen. Fikentscher[8] dagegen glaubt in den uns vordringlich interessierenden Fällen ein praktisch brauchbares Ergebnis erreicht zu haben, wenn er den Schadensersatz in der "Befreiung von der Verbindlichkeit, soweit diese durch das Festhalten an der verbotenen Absprache verursacht ist", bestimmt. Daß damit sein Schadensersatzanspruch allen wesentlichen Angriffen ausgesetzt ist, die das Zementurteil des BGH zu einer Fehlentscheidung stempelten, scheint er dabei nicht zu bedenken.

Darüber hinaus bleibt diese Lösung in einem irreführenden Begriffsformalismus befangen. Auch bei der Naturalrestitution kann es sich nicht darum handeln, einen Zustand herzustellen, wie er früher bestanden hat. Die Rechtsprechung hat vielmehr stets anerkennt, daß nicht ein identischer, sondern ein praktisch gleicher, wirt-

---

4) Staudinger-Werner, II Auflg. 1959, Vorbem. 73 vor § 249 BGB; Motive bei Mugdan, Materialien, 1899, Bd. II, S. 513.

5 Zu den Bedenken gegen eine solche Zwangsordnung und ihren Voraussetzungen und besonderen Umständen vgl. Raiser, Kontrahierungszwang im Monopolrecht, a.a.O.

6) Oben, 4. Kap. § 1.

7) Dabei überzeugt seine Begründung auf S. 245 keineswegs: die Auflösung des Rechtsgeschäftsabschlusses, mit dem Dritten als schadenstiftendes Ereignis verstößt nicht gegen die Grundsätze der Vorteilsausgleichung, wenn man sich nur bewußt bleibt, daß Haftungsgrund das unerlaubte Hinwegsetzen ist (zu dessen Voraussetzungen oben 5. Kap. § 2 III 2b (1))

8) Drittverträge, S. 796/797.

schaftlich gleichwertiger Zustand herbeizuführen ist[9]. Diesem Erfordernis kann nun aber gerade wieder die bloße Befreiung von wettbewerbswidrig zustandegekommenen Verbindlichkeiten nicht genügen, da sie ausschließlich auf die frühere Sachlage abstellt und die Weiterwirkung und -entwicklung der absprachebedingten Wettbewerbsverfälschung nicht berücksichtigt.

Es bleibt danach festzustellen, daß Vertragsauflösung oder -änderung als Formen einer Naturalherstellung in der praktisch allein möglichen Weise als ungenügend[10], soweit aber in interessengerechter Form theoretisch denkbar, als unmöglich entfallen. Es bleibt somit bei einer Frage des reinen Geldersatzes und entsprechend bei der Berechtigung, aus dem Vergleich mit der amerikanischen Lösung Anregungen zu suchen.

II. Art und Ausmaß ersetzbaren Schadens

Mit der Anerkennung von Geldersatz als Schadenssanktion stellt sich sofort die Frage und das eigentliche Problem[11], wie für einen solchen unspezifischen Anspruch die Kriterien gefunden werden können, die eine Begrenzung nach Art und Umfang des in Geld zu ersetzenden Schadens ermöglichen. Dazu bedarf es hier keiner Stellungnahme zu den neueren Lösungsversuchen dieses im allgemeinen Deliktsrechts grundlegenden Problems[12]. Allein die Besinnung darauf, daß § 35 GWB als Anspruchsgrundlage dem § 823 Abs. II BGB nachgebildet ist, weist den richtigen Weg; steht es bei Schadensersatzklagen infolge der Verletzung eines Schutzgesetzes doch unbestritten fest, daß nur die Beeinträchtigung der Interessen, zu deren Schutz die verletzte Norm geschaffen war, zum Ausgleich kommen soll[13]. Darin ist gleichzeitig eine Begrenzung sowohl für die Art als auch für das Ausmaß ersetzbaren Schadens zu finden.

Nun ist es bisher nicht gelungen, das im Interesse der Kartellgegenseite geschützte Rechtsgut in eine präzise Definition zu fassen, denn als solche kann die

---

9) Vgl. dazu im einzelnen die Angaben bei Staudinger-Werner, a.a.O., § 249 Anm. 5/6.

10) Dadurch bleibt es in Sonderfällen den Parteien anheimgestellt, wenn ihnen lediglich an einer Vertragsauflösung gelegen ist, diese im Wege einer Schadensersatzforderung herbeizuführen.

11) Staudinger-Werner, a.a.O., Vorbemerkung § 249 Anm. 84.

12) In der Rechtsprechung vor allem BGHZ 27, 137 im Anschluß an von Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, 1956, S. 12 ff. Weitere Nachweise bei Steindorff, Schadensberechnung, S.438, Fußnote 23.

13) RGR - Komm. 10. Aufig. § 823, Anm. 15; Staudinger-Werner, 11. Auflg. 1959, Vorbem. 33 vor § 249; Enneccerus-Lehmann, 15. Bearbeitung 1958, S. 953; Es-

Freiheit wirtschaftlicher Betätigung als elementare Voraussetzung des in seiner Ordnungsfunktion geschützten Wettbewerbs wohl kaum angesehen werden. Jedoch kommt auch dieser Schutzgutbestimmung für den Zweck der Begrenzung nach der Schadensart noch genügend Aussagekraft zu. Vor allem erlaubt sie, bei einer Verschiedenheit wirtschaftlicher Tätigkeit einzelner Klägergruppen auch eine entsprechende Differenzierung nach der Art des ersetzbaren Schadens.

In der Auseinandersetzung mit der "passing on" Regel hat sich dafür als wichtigste Gruppenunterscheidung diejenige in "middlemen" und "consumers", also in Zwischenhändler und Letztverbraucher erwiesen. Dabei wird schon allein aus dem Umstand ihrer verschiedenartigen Behandlung ein Negativum deutlich: keinesfalls kann es sich um einen Schutz bloßer Vermögensinteressen handeln[14], da sonst eine Unterscheidung nicht verständlich wäre. Die Überprüfung der schutzwürdigen Interessen beider Gruppen wird dies bestätigen.

1. Schutzwürdige Interessen der Letztverbraucher

Hier ist zunächst vorauszuschicken, daß Fälle, in denen Letztverbraucher Vertragspartner und dadurch unmittelbar Kartellgeschädigte sind, rein zahlenmäßig die Ausnahme bleiben werden[15]. Praktische Bedeutung dürfte insoweit allein den Formen der Submissionskartelle zukommen, in denen auf eine Ausschreibung hin ein abgesprochenes Angebot und eine Reihe überhöhter Deckangebote eingereicht werden. Wir verstehen insoweit unter Letztverbraucher also ausschließlich solche Dritte, für die die Kosten aus dem Vertrag mit dem Kartell oder einem seiner Partner überhaupt Privatkosten sind, oder wenigstens nicht zu den typischen Handels- oder Produktionskosten eines Geschäftsbetriebes gehören.

In einem Wirtschaftssystem freien Wettbewerbs erschöpft sich die Funktion dieses eng gefaßten Gruppe der Letztverbraucher in ihrer Marktwahl. Werden sie um diese durch eine zu ihrem Nachteil bestehende Kartellabsprache gebracht, so bleibt ihnen dieser Nachteil als Schaden, ohne die Möglichkeit unmittelbarer Schadensabwälzung und ohne die Gefahr einer für die Wettbewerbsordnung abträglichen Weiterwirkung. Der Beweis einer absprachebedingten Preiserhöhung genügt daher zum Schadensnachweis. Den Musterfall dieser Gruppe haben wir in Chattanooga

---

ser, 2. Auflg., S. 850; Larenz, 4. Auflg. II, S. 369; BGHZ 19, 126; BGH, NJW 1763; BGH, JZ 59, 573.

14) Ebenso Steindorff, Schadensberechnung, S. 446, der für die vergleichbaren Fälle des Diskriminierungsrechts Schaden nur insoweit für ersatzberechtigend hält, als er auf der Beeinträchtigung einer Wettbewerbsposition beruht.

15) Strickrodt, Lieferverträge, S. 81; dazu kommt, daß auf sie als die dem Beklagten finanziell meist Unterlegenen die Klagerisiken abschreckend wirken.

Foundry v. City of Atlanta[16] gefunden.

2. Rechtsschutzinteressen der Zwischenhändler

Ganz anders als beim Letztverbraucher fällt beim Zwischenhändler, der hier zunächst ebenfalls in enger Auslegung nur als Händler der Kartellware verstanden werden soll, weder die Möglichkeit einer Selbsthilfe durch Schadensüberwälzung noch die Gefahr einer Marktfortwirkung weg. Seine wettbewerbsmäßige Wirtschaftsbetätigung erstreckt sich vielmehr nach zwei Seiten, dem Ein- und dem Verkauf, und kann in ihrer materiellen Auswirkung nur in einer Gesamtschau dieser zweiseitigen Ausstrahlung gesehen werden[17]. Ebenso läßt sich dann auch die Folge einer unerlaubten Beeinträchtigung unabhängig davon, ob diese auf der Ein- oder Verkaufsseite oder möglicherweise sogar gleichzeitig auf beiden erfolgt[18], nur aus einer solchen einheitlichen Betrachtungsweise gewinnen. Abgesehen von den mit Vorbehalt zu beurteilenden Oiljobber Fällen wird dieses Prinzip am klarsten im Banana-Fall[19] zum Ausdruck gebracht; dort findet sich dann vor allem auch die Klarstellung, daß von solchen Händlern ausschließlich ein Geschäftsschaden und nicht etwa ein reiner Vermögensschaden[20], der bereits in der Bezahlung eines höheren Einkaufspreises zu sehen wäre, geltend gemacht werden kann. Allein auf diese Art und Weise einer einheitlichen Verrechnung bleibt auch die dem Schadensersatzanspruch zugedachte, Wettbewerbsverfälschungen korrigierende Wirkung gesichert, die bei Außerachtlassen einer Preisüberwälzung gerade zu ihrem Gegenteil und weiteren wettbewerbsstörenden Verschiebungen führen kann.

---

16) Vgl. oben 2. Kap. § 3 IV 1.

17) Entsprechend hat der BGH (Urteil vom 21.12.1961, JZ 1962, 538) einem Händler, der wegen eines Preisverstoßes seines Lieferanten auf Bereicherungsausgleich klagte, einen Anspruch versagt. Zur Begründung führte er an, daß bei staatlich gelenkter Warenverteilung dem Händler nur eine risikolose Funktion zukomme und allein den Endverbrauchern Ersatzansprüche zustehen könnten. Hier wird vor allem die Parallele zu "Oiljobber" -Fällen deutlich.

18) Dabei geht Mayer, a.a.O., S. 320, wohl zu weit, wenn er in der Beeinträchtigung einen Verlust des spekulativen Elements für den Handel sieht, der diesen wirtschaftlich in die Rolle eines Kommissionärs oder Agenten rückt.

19) Oben 2. Kap. § 3 IV 4 a und b.

20) Diese Unterscheidung ist durch die gesetzliche Fassung Sec. 4 Clayton Act: "... injured in his business or property ..." vorgezeichnet.

Eine praktische Erfahrung darf bei dieser Lösung nun allerdings nicht unbeachtet bleiben. In der Mehrzahl aller Fälle, und das zeigt vor allem wieder die amerikanische Praxis, werden kartellbetroffene Zwischenhändler eigene Kostensteigerungen wieder auf ihre Abnehmer weiterzuwälzen trachten, was einer typisch kaufmännischen Reaktion entspricht. Die Zuflucht zu möglichem Schadensausgleich auf dem Rechtsweg muß ihnen demgegenüber zu unsicher und langwierig erscheinen, ganz abgesehen davon, daß sich nicht hinter jeder Kostenerhöhung sofort eine Kartellabsprache vermuten und nachweisen läßt. Damit setzten wir aber die Schadensbestimmung durch umfassende Berechnung dem schwerwiegenden Vorwurf aus, in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle eine wünschenswerte Schadensersatzsanktion unmöglich zu machen und durch Anerkennung und Berücksichtigung der Weiterwälzung zu einer Fortwirkung der Kartellfolgen auf den Marktstufen beizutragen. Die ungerechtfertigte Preiserhöhung fällt dann schließlich wieder der letzten Marktstufe zur Last, deren Betroffenen, ohne daß sie in unmittelbarer Verbindung mit dem Kartell stehen und daher nur mittelbar geschädigt sind, eigene Ersatzansprüche nicht zustehen[21]). Eine solchermaßen reibungslose Kostenweiterwälzung[22]) bleibt aber nur auf einem voll elastischen Markt ohne Nebenfolgen und kann dann als gesamtwirtschaftliches Phänomen ohne die Inkaufnahme andersartiger Verzerrungen mit privaten Schadensersatzrechten nicht wirksam bekämpft werden. Besteht aber eine solche Preisunempfindlichkeit des Marktes nicht, so werden entweder Kostenweiterwälzungen dadurch bereits im Ansatz unterbunden, oder sich in einem Absatzrückgang nachteilig bemerkbar machen. Unter beiden Voraussetzungen stehen dann wieder Ersatzansprüche zur Verfügung.

3. Der Schutz anderer Zwischenstufen

Die Ablehnung einer Schadensentstehung bei Weiterwälzung blieb auf die eng umgrenzte Gruppe der reinen Warenhändler beschränkt. Danach ist noch offen, ob die Gruppe der Mittelsmänner, die die Kartellprodukte vor dem Weiterverkauf verarbeiten, mit anderen Teilen zusammenbauen oder im eigenen Produktionsvorgang ganz aufbrauchen, eher den Letztverbrauchern oder den echten Zwischenhändlern

---

21) Ein unmittelbarer Ersatzanspruch wäre in solchen Fällen für sie nur nach der These von Lukes zu begründen, indem man den Effekt der vom Kartellvertrag ausgehenden Willensmotivierungsfunktion bis auf die nachgelagerte Stufe der Letztverbraucher ausdehnt.

22) Dabei ist das Kartell auch nicht durch eine immerhin erwägenswerte Drittschadensliquidation der Zwischenhändler im Interesse der Letztverbraucher bedroht. Es handelt sich hier um eine nachträgliche Schadensverlagerung, die einen Drittschadensersatz nicht erlaubt. Larenz, 4. A. Bd. I, § 14, IV S. 142/43; Esser, Lehrbuch § 50, 6, 7; vgl. dagegen als Ausnahme den Fall bei Tägert,

gleichgestellt werden müssen[23]. Erhöhte Einkaufskosten belasten die Betriebsunkosten entsprechend, nur wird hier die Neigung zur eigenen Preisumgestaltung jeweils danach verschieden sein, welchen Anteil gerade die kartellbeeinflußten Materialkosten am Verkaufspreis des Endproduktes haben[24]. Überwiegen diese eindeutig, so erscheint eine Gleichbehandlung mit den Zwischenhändlern angemessen; umgekehrt macht es ein größerer kartellunabhängiger Kostenanteil schwer oder gar unmöglich, den Auswirkungen einer Teilkostenerhöhung auf den Endpreis nachzuspüren und die Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit festzustellen. In diesen Fällen, in denen es sich fast stets um den Verkauf eines Eigenproduktes und nicht mehr um eine bloß veränderte oder verbesserte Kartellware handelt, müssen wir die Zwischen- als die Endstation für die Kartellware ansehen und dem Mittelsmann hier einen Ersatzanspruch wie dem Letztverbraucher einräumen. Daß sich auch hier klarere Linien erst nach einer längeren Praxis finden lassen werden, bestätigt die mit denselben Abgrenzungsschwierigkeiten belastete amerikanische Judikatur.

4. Schadensentstehung und Vorteilsausgleichung

Die der Anspruchsgrundlage entsprechende Ausrichtung der Schadensbestimmung am Schutzzweck ermöglichst allein, die richtige Unterteilung in ersetzbaren Schaden im Wettbewerb und für Ersatzansprüche unbeachtliche Folgen gesetzwidrigen Kartellverhaltens zu finden und so die Gefahr zu vermeiden, einen Schaden als entstanden gelten zu lassen, der in Wirklichkeit gar nicht eingetreten ist[25]. Insbesondere kann nur so der Tatbestand der Weiterwälzung zutreffend eingeordnet werden. Von Vertretern beider Lager, die für oder gegen eine Schutzwirkung des Kartellverbotes zugunsten Außenstehender eintreten, wurde bisher stets vorgebracht, daß in den Fällen der Weiterwälzung ein ersatzpflichtiger Schaden nicht entstehe[26]. In allen Fällen unterblieb jedoch eine einleuchtende Begründung, und es entsteht der Eindruck, als habe einer vom anderen die Feststellung kritiklos über-

---

Die Geltendmachung des Drittschadens, 1938, S.49.

23) Die Verschiedenheit der Kartellauswirkungen schildert Mayer, a.a.O., S.319, 321.

24) Vgl. dazu die Besprechung der Fälle: The Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp. und Alden, Rochelle, Inc. v. A.S.C.A.P. oben 2. Kap. § 3 IV 4 b und c.

25) Staudinger-Werner 11. Auflg. § 249 Vorbem. 102 a.E. Zu beachten bleibt insoweit jedoch die zumindest im Ausdruck zweifelerregende Entscheidung BGHZ 7,30 (49): "Wenn die Tatsache der Körperverletzung ... noch keinen Schaden im bürgerlich rechtlichen Sinne ergibt, so ist ein solcher doch unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung zu bejahen."

26) Strickrodt, Liefervertrag, S.91, spricht dabei juristisch wenig aufschlußreich von "Waffen strecken müssen"; Benisch, Gemeinschaftskommentar, Anm. 8

nommen. Darauf deutet auch die Übereinstimmung, daß in diesen Fällen schon überhaupt kein Schaden entstanden sei, obwohl es doch auf den ersten Blick näher gelegen hätte, Abschluß oder Vollzug des Einzelvertrages als Augenblick der Schadensentstehung anzusehen und die weitere Entwicklung unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls des Schadens zu berücksichtigen. Die Tatsache der Weiterwälzung würde damit zu einem Problem der Vorteilsausgleichung[27]. Daß solches Vorgehen aber verfehlt sein muß, zeigt nicht nur das bessere Verständnis des spezifischen Wettbewerbsschadens, sondern auch das über diese Lösung erreichbare, wegen seiner nachteiligen Wirkung auf den Sanktionserfolg nicht interessengemäße Ergebnis. Nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung[28] dürfte darum hier eine Weiterwälzung eben nicht die Wirkung[29] haben, dem Schädiger zugute zu kommen; eine schadensmindernde Anrechnung müßte daher verneint werden[30],

---

zu § 35; Fikentscher, Drittverträge S. 798.

27) Zumindest die Parallele zu dem viel diskutierten Braunschweiger Bäckerfall (Braunschweig S.A. 46,272; zitiert nach Neuner, a.a.O., S.290) hätte eine solche Beurteilung nahegelegt. In diesem Fall entzog ein Bäcker dem Brothändler Teig, machte dafür aber die Semmeln kleiner, sodaß der Brothändler denselben Erlös erzielte. Die Unbilligkeit, dem Brothändler nach der reinen Interessentheorie hier keinen Ersatzanspruch zu gewähren, regte zu verschiedenen anderen Lösungsversuchen an, wobei der Weg u.a. über Schadensentstehung bei Aneignung des Brotteigs und nicht anrechenbare Vorteilsausgleichung gewählt wurde.

28) Vgl. dazu die Literaturzusammenstellung bei Staudinger-Werner, 11. Auflg. § 249 Vorbem. 102 und die Ausführungen im 4. Kap., § 2, I.

29) Die Rechtsprechung des RGZ 146, 278 und des BGHZ 8, 329, die noch auf einen Adäquanzzusammenhang des Vorteils mit dem schadenstiftenden Ereignis abstellt, muß durch das Abgehen von der Adäquanztheorie bei Zurechnungsfragen (BGHZ 27, 137) als ebenfalls in Frage gestellt gelten; vgl. dazu die Arbeiten von Cantzler, Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch AcP 156, 29; Esser, Zur Entwicklung der Lehre von der Vorteilsausgleichung Jh. Jb 82, 51 (1932 mit rechtsvergleichender Untersuchung). Immerhin bringt BGHZ 8, 326 (329) bereits insoweit einen wesentlichen Fortschritt, als Adäquanzgesichtspunkte nicht mehr allein über die Anrechenbarkeit entscheiden; vielmehr muß diese dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entsprechen. Ähnliche Ansätze in BGHZ 9, 179 (190).

30) Zum gleichen Ergebnis müßte Esser, Die Entlastungsgründe, Beiheft zum VersR 1959 (Karlsruher Forum) S.28 (38) gelangen; in Gruppe c) stellt die Weiterwälzung eine überpflichtmäßige Handlung des Verletzten dar.

mit der Folge, daß sich die Zwischenhändler zu Lasten ihrer eigenen Abnehmer einen ungerechtfertigten Vorteil sichern würden. Die Kartellvorteile würden damit nur von einer auf die nächste Stufe verlagert, ohne daß eine Anregung zur Unterbindung der weiteren Kartellauswirkungen bis zum Verbrauchermarkt bestehen würde.

III. Möglichkeiten zum Schadensnachweis

Die unterschiedliche Behandlung der Gruppen der Letztverbraucher und Zwischenhändler gewinnt ihre entscheidende Bedeutung für die Frage verfügbarer Berechnungsmethoden zum Nachweis des geltend gemachten Schadens. Deutsches Beweisrecht eröffnet dabei keine grundsätzlich neuen Möglichkeiten, so daß wir für eine generelle Übersicht, die aus dem amerikanischen Fallrecht abgeleiteten Maßstäbe wiederholen können. In Frage kommen danach:

1. Beweis einer kartellbedingten Kostenerhöhung,
2. Nachweis eines entgangenen konkreten Einzelgewinns,
3. Darlegung eines Gesamtgewinnverlustes und
4. Berechnung einer Minderung des Geschäftswertes.

Den auf den ersten Blick überzeugenden Grundsatz, daß ersetzbarer Schaden jeweils in dem Augenblick entsteht, in dem ein kartellbedingter Preiszuschlag gezahlt wird, stützen Begründungen im Chattanooga Foundry- und im Hanover Shoe Fall[31]. In beiden Fällen handelt es sich aber um Verbraucher, auf die ein solcher Satz beschränkt bleiben muß. Für die Händler haben wir bereits nachgewiesen, daß eine einseitige Beurteilung bloßer Kostenerhöhung nicht richtig sein kann, so daß für sie allein dieser Nachweis noch unzureichend ist. Der zur Klagebegründung notwendige Vortrag, daß nachteilige Auswirkungen einer Kartellgründung gerade ihnen zur Last fallen, oder sich die Vorteile einer Kartellauflösung gerade zu ihren Gunsten auswirken, fordert den zusätzlichen Nachweis, daß sie entweder erhöhte Kosten nicht weitergewälzt haben, oder eine Kostenminderung nicht an die Abnehmer verlieren würden. In Wirklichkeit handelt es sich infolge dieser zusätzlichen Behauptungs- und Beweislast nicht mehr um eine Schadensberechnung aus der Kostenerhöhung, sondern um eine solche nach dem Gewinnentgang, der sich hier über eine möglicherweise verminderte Gewinnspanne zwischen Einkaufskosten und Verkaufspreis einstellt. Für die Frage der Schadensentstehung spielt damit auch der Grund

---

31) Oben 2. Kap. § 3 II 1. und 4 b (Fußnote 99).

und die Berechtigung einer Nicht-, Teil- oder Vollweiterwälzung keine Rolle. Diesen Gesichtspunkten kommt noch in anderem Zusammenhang Bedeutung zu[32].

Wäre der Händler als Kläger nun allein auf diese Art des Schadensnachweises beschränkt, so wäre er in jedem Falle einem unbilligen Risiko ausgesetzt: entweder wälzt er die erhöhte Kostenbelastung nicht ab und trägt damit bei voraussichtlichem Schadenseintritt zunächst das Prozeßrisiko und sieht sich möglichen Mitverschuldenseinwänden zur Schadensentstehung ausgesetzt; oder wälzt er im anderen Falle weiter und trägt damit das kaufmännische Risiko, ob sich eine solche Preiserhöhung noch ohne eine Abwanderung seiner Abnehmer, also ohne eine Beeinträchtigung seiner Wettbewerbsfähigkeit, vollziehen läßt. Bei einer Fehlkalkulation bliebe er nach der Berechnung über Kostenerhöhung ohne Ersatz. Dies hätte zwar den wünschenswerten Effekt von einer Weiterwälzung abzuschrecken und damit eine Fortwirkung der Kartellabsprache zu unterbinden, würde aber andererseits zu einer nicht zu verantwortenden, faktischen Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der Zwischenhändler führen. Gegen eine solche unbillige Alternative hilft die weitere Möglichkeit, Gewinnentgang nicht nur aus einer verringerten Gewinnspanne, sondern auch aus einem Umsatzverlust zu berechnen. Damit ist der Kläger auch gegen die Aufbürdung des kaufmännischen Risikos als Kartellfolge geschützt.

Dafür kann dann ein besonderer Einzelfall zur Basis eines Ersatzanspruches gemacht werden, oder aber können Gesamtgewinnverluste innerhalb eines bestimmten Zeitraums, soweit sie als Kartellfolgen nachweisbar sind, als Schaden eingeklagt werden. Natürlich können sich auch beide Gewinnfaktoren, Umsatz und Spanne, gleichzeitig verändern und einen entsprechenden Schaden hinterlassen. Die praktisch erreichbaren Beweismittel werden, wie noch zu zeigen sein wird, ohnedies eine entsprechende Aufgliederung nicht immer erlauben.

Schließlich kann zum Gewinnverlust noch zusätzlich eine Minderung des Gesamtgeschäftswertes treten, die bei entsprechendem Nachweis ebenfalls eine Ausgleichspflicht begründet.

IV. Möglichkeiten zur Bestimmung des Schadensumfangs

1. Abstrakte Differenzberechnung zwischen Kartell- und Wettbewerbspreis

Die Bedeutung der Privatsanktion, die jeweils stark gefährdete Stellung des der Kartellvereinigung ausgelieferten Dritten und das Erfordernis empfindlicher Gegen-

---

32) Dazu unten im Abschnitt V.

maßnahmen lassen unter dem Gesichtspunkt ausreichender Rechtsverfolgung[33] eine Beweiserleichterung durch abstrakte Schadensberechnung notwendig und zulässig erscheinen. Doch haben bereits die Überlegungen zu einer Berechtigung der Schadenersatzsanktion überhaupt, wie die Untersuchungen zum Schutzzweck des auf dem Hinwegsetzungsverbot beruhenden Anspruchs die Argumente geliefert, mit denen hier eine für den Kläger vorteilhafte abstrakte Differenzberechnung auszuschließen ist. Einer der wesentlichen Vorzüge des Ersatzanspruches gegenüber der Nichtigkeitsklage ist gerade seine Anpassungsfähigkeit an individuelle Beziehungen. Ferner hat sich gezeigt, daß der Ersatzanspruch des § 35 GWB eine Funktion zur Schaffung und Aufrechterhaltung eines Wettbewerbssystems hat, das sich seinerseits in jedem einzelnen Kaufabschluß neu bewähren soll. Eine Abstrahierung des ersetzbaren Einzelschadens aus einer Differenz würde beiden Zwecken entgegenstehen[34]. Die Schadensberechnung an einem generellen oder gar hypothetischen Marktpreis würde über den Ersatzanspruch zu einer nachträglichen Uniformierung der Einzelverträge führen, die damit jede individuelle Beziehung und jede marktgestaltende Kraft verlieren müßten. Ein bestimmter, mehr oder weniger genau errechneter Marktpreis würde damit zu einer unveränderlichen Marktgröße, die wieder eine gefährliche Annäherung an Entwicklungen im Preisrecht zeigt.

---

33) Im Sinne Neuners (AcP 133, 277 (291)) und Steindorffs (Schadensberechnung, S.458).

34) Das GWB soll ja gerade nicht einen "angemessenen Marktpreis", den es schon gar nicht geben kann, schaffen helfen. Es schützt allein die Interessen aller Wettbewerbsbeteiligten an Entschließungs- und Betätigungsfreiheit. Daher kann eine abstrakte Schadensberechnung als Feststellung einer objektiven Werteinbuße nicht in Frage kommen. (zu dieser Funktion der abstrakten Schadensberechnung Neuner, a.a.O., S. 302. Zum Verhältnis angemessener Preis- Marktpreis = equilibrium - equating price: Chamberlin, a.a.O., S. 11). Diese Begründung gewinnt an Überzeugungskraft, wenn wir unsere Fälle den typischen Fällen abstrakter Schadensberechnung bei Nichtlieferung einer marktgängigen Ware gegenüberstellen. Im letzteren Fall tritt der Ersatzanspruch an die Stelle des vertraglichen Leistungsanspruchs, der nach allgemeiner Erfahrung für den Händler einen bestimmten, objektivierbaren Wert hat, der nach unzutreffender, aber herkömmlicher Weise in der Differenz zwischen marktentsprechendem Verkaufspreis und Einkaufspreis angenommen wird (ständige RG Rechtsprechung: RGZ 68, 165; 99, 48; 101, 218; 105, 293). Dagegen besteht im Falle der Nichtbelieferung zu wettbewerbsmäßigen Bedingungen kein objektiv bewertbarer, verletzter Anspruch auf ebensolche Behandlung. Der Schadensersatzanspruch ist hier kein Sekundäranspruch, sondern das Ausgleichsrecht für die Beeinträchtigung der durch das GWB garantierten Wettbewerbsfreiheit, deren Wert selbst nicht objektivierbar ist.

Diese Erwägungen, die eine abstrakte Schadensberechnungsweise ausschließen, bestätigen die These von Steindorff[35], der ihre Zulässigkeit als bloßes Mittel der Rechtsverfolgung von einer materiellrechtlichen Wertung abhängig macht[36].

Zwar scheint dafür allein der Gesichtspunkt, daß der Kläger auf bloßen Normenschutz ohne Verleihung besonderer subjektiver Rechte beschränkt ist und es daher an einer vordringlichen Schutzwürdigkeit als Voraussetzung für die Rechtfertigung abstrakter Schadensberechnung fehlt[37], noch nicht überzeugend[38]. Dagegen verbietet die Funktion des Wettbewerbs als Ordnungsprinzip einer existenten - im Unterschied zur modelltheoretischen - Marktwirtschaft die Verfälschung und Nivellierung marktbestimmender Faktoren durch abstrakte Schadenssanktion. Dazu kommt, daß eine abstrakte Differenzberechnung mit Markt- und Kartellpreis das schutzwürdige Interesse der Zwischenhändler allein schon gar nicht erfassen könnte[39].

Nun ließe sich gegen diese Absage an die abstrakte Berechnungsweise einwenden, daß das besondere Interesse an einer wirksamen privatrechtlichen Rechtsverfolgung[40] und die außergewöhnlichen Schwierigkeiten zum Schadensnachweis eine scharfe Sanktion fordere, die dann auch kleine Ungenauigkeiten im Einzelfall und selbst eine gewisse Prinzipwidrigkeit hinnehmen lasse; ebenso könnte auc

---

35) Schadensberechnung, S. 469 (1960).

36) In gleicher Richtung schon früher Baur, Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts, Tbg.-Diss. 1935, S. 53.

37) Steindorff, a.a.O., S. 458.

38) Insbesondere kann auch der von Steindorff gezogene Vergleich zu der Unterscheidung in "torts actionable per se" und "actions on the case" diese These nicht bekräftigen. Die historisch zufällige Einordnung zur einen oder anderen Klagegruppe (vgl. z.B. die unterschiedliche Beurteilung von libel = trespass actionable per se und slander = action on the case) läßt keinen Schluß auf die Schutzwürdigkeit der einzelnen Rechtsgüter zu. Außerdem gründet sich die Zweiteilung der Klageformen im Common Law nicht auf eine graduelle Einstufung verschiedener Rechtsgüter, sondern auf die unterschiedliche Beurteilung verschiedener Verletzungsformen (vgl. Prosser, On Torts, S.26; Clerk & Lindsell, On Torts, S. 53; Salmond, On Torts, S. 4).

39) Vgl. dazu die Parallele im amerikanischen Recht, wo wir in der passing on Regel den Übergang von general zu special damages gefunden haben.

40) Daß gerade diese Gesichtspunkte eine bedeutsame Rolle spielen, zeigt die Fassung des § 252a in der Kabinettsvorlage für ein Gesetz zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes (Bundesrats-Drucksache 217/59), die bei Ehrverletzungen die Vermutung aufstellt, daß auch Vermögensschäden entstanden sind.

die Schwere der gleichzeitg Allgemeininteressen beeinträchtigenden Rechtsverletzung angeführt werden[41]). Diese Argumentation kann jedoch nicht überzeugen, wenn man einmal bedenkt, daß der Marktpreis als Maßstab ja eben nicht die greifbare bereitliegende Größe ist, die dem Kläger Beweisanstrengungen erspart und zum anderen, falls dies ausnahmsweise der Fall sein sollte, sich dann ein konkreter Schadensnachweis praktisch kaum mehr von der abstrakten Methode unterscheiden wird, ohne deren untragbare Präzedenzwirkung nach sich zu ziehen.

2. Formen konkreter Schadensbestimmung

a) Letztverbraucher

Für die Letztverbraucher kommt, wie bereits betont, in erster Linie eine Differenzberechnung zur Schadensbestimmung in Betracht, die sich von der abstrakten Berechnungsweise dadurch unterscheidet, daß nicht ein abstrakter Marktpreis vom kartellbestimmten Vertragspreis in Abzug gebracht wird, sondern der Preis, der ohne Kartellbeeinflussung zwischen den Parteien vereinbart worden wäre. Im Regelfall wird er zwar dem realen oder hypothetischen Marktpreis entsprechen, der Verzicht auf abstrakte Berechnung[42]) bedeutet dagegen lediglich, daß auch alle Sonderumstände, die sich aus den jeweiligen Parteibeziehungen ergeben, sowohl zur Klagebegründung als auch als Einwendungen[43]) geltend gemacht werden können[44]). Der Schwerpunkt der Beweisbemühungen des Letztverbrauchers als Kläger wird damit im Regelfall dennoch auf den Nachweis eines vergleichbaren Marktpreises gerichtet sein. Bei der Suche nach einem solchen realen oder auch nur hypothetischen Marktpreis wird er sich nun den entscheidenden Schwierigkeiten gegenübersehen. Kartelle sind erst mit einer bestimmten Marktmacht bestandsfähig [45]), sodaß jeder

---

41) Steindorff, a.a.O., S. 443, 445.

42) Der Unterschied zum amerikanischen Recht, das in den "consumer cases" den Nachweis von "general damages" genügen läßt, ist damit zu erklären, daß dort das Schadensersatzrecht mehr am objektiven Wert denn am subjektiven Interesse ausgerichtet ist. Vor allem aber zwingt dort die dem Dreifach-Anspruch zugedachte Doppelfunktion für Wiedergutmachung und Buße zu einer anderen Lösung.

43) Obgleich im deutschen Wettbewerbsrecht kein umfassendes Diskriminierungsverbot gilt, wird man doch eine Vermutungswirkung zugunsten des Klägers annehmen dürfen, daß er zu den üblichen Marktbedingungen beliefert worden wäre. Der beklagte Kartellteilnehmer hat jedoch die Chance, diese Vermutung durch Darlegung besonderer Umstände zu entkräften.

44) Vgl. für die Einschränkung dieses Gegenbeweises bei der abstrakten Berechnung Neuner, a.a.O., S. 285.

45) So glaubt Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956, S. 30, daß bereits Preis-

Kartellpreis auch den Marktpreis beeinflussen und, falls das Kartell überhaupt durchsteht, mit diesem letztlich eins werden muß. Damit entfällt aber für den Kläger der unmittelbare Vergleichsmaßstab, der sich mit Hilfe genügend bestimmter Anhaltspunkte dann nur noch als hypothetische Größe bestimmen läßt; dabei markieren die Bestimmtheitserfordernisse die wichtige Grenze zwischen Schadensberechnung bei freier Beweiswürdigung und richterlicher Preiskonstituierung. Ausreichende Anhaltspunkte zur Bestimmung eines Wettbewerbspreises, wie er ohne Kartelleinfluß bestehen würde, können sein[46]):

1. ein zeitlich noch kurz zuvor gültiger Preis, der sich deutlich erkennbar erst mit der Kartellvereinbarung geändert hat[47]);

2. ein bei ausschließlich öftlicher Wettbewerbsbeschränkung in einem anderen Marktgebiet bestehender Preis, der zuvor dem des Kartellgebietes im wesentlichen entsprach;

3. ein sich nach der Kartellauflösung in ungehindertem Wettbewerb neu einspielender Preis, der, solange der Kläger zunächst nur ein Grund- oder Feststellungsurteil angestrebt und erlangt hat, auch nachträglich als Beweis dienen kann[48]);

4. ein aus der Relation zu einem leicht substituierbaren Gut abzuleitender Preis.

5. für den praktisch bedeutsamsten Fall der den Letztverbraucher besonders schädigenden Submissionskartelle, erscheint noch die Berechnungsweise, wie sie im Chattanooga Foundry Fall mit Erfolg angewendet wurde, sehr geeignet; der Marktpreis wurde dort als Vertragspreis abzüglich einer Ausgleichsabgabe, die das ausführende Kartellmitglied an das Kartell zu leisten hatte, errechnet[49]).

---

kartelle mit 10 % Außenseiterproduktion nicht lebensfähig sind.

46) Die zum Vergleich herangezogenen Anhaltspunkte entsprechen den einen Markt bestimmenden Determinanten: Gut - Raum - Zeit (vgl. dazu Fikentscher, Wettbewerb, S. 72).

47) Dieser Anhaltspunkt diente in den "Oil jobber" -Fällen als Grundlage (2. Kap. § 3 IV 5).

48) Mestmäcker, Ordo IX, 103; nach diesem Prinzip versuchen die amerikanischen Energieversorgungsunternehmen ihre Klage gegen die Elektrofirmen zu begründen (vgl. 2. Kap. § 3 IV 5, Fußnote 4).

49) Daß aber auch hier für den Kläger die Bäume nicht in den Himmel wachsen, zeigen die wenig stimulierenden Erfahrungen der Staatsanwaltschaft bei der Untersuchung von 250 Submissionsabsprachen bei Bauvergaben schleswig-holsteinischer Behörden (siehe Stenographischer Bericht des Schleswig-Holsteini-

Daneben geben Kostenermittlungen in den Kartellbetrieben und Durchschnittskostenberechnungen die in Beziehung zu den meist an den Kosten des Grenzbetriebes orientierten Kartellpreisen gesetzt werden können, in einer unvollständigen Wettbewerbsordnung keinen verwertbaren Anhalt und sind auch in der amerikanischen Rechtsprechung nie versucht worden[50].

Die bisher unser Thema streifende deutsche Literatur sieht gerade in dieser Berechnung eines nicht existenten Marktpreises die entscheidende und für die meisten Autoren unüberwindliche Schwierigkeit[51]. Ohne hier mit theoretischen Erwägungen optimistisch sein zu wollen, muß solchen Befürchtungen doch entgegengehalten werden, daß vor amerikanischen Gerichten dieses Problem allein noch nie zu einer Klageabweisung geführt hat, sondern sich dort insoweit bisher stets befriedigend genaue Anhaltspunkte haben finden lassen. Ferner entfällt ja durch die Einordnung der Differenzberechnung als konkreter Schadensnachweis die bedeutungsvolle Gefahr einer unzulässigen und dazu noch unzutreffenden Marktpreisfestsetzung durch den Richter, sodaß dieser im Rahmen des § 287 ZPO bei seiner Entscheidung freier gestellt ist. Insoweit könnte eine Erleichterung der Beweisanforderungen auch mit dem materiellen Schutzzweck des Gesetzes selbst nicht mehr in Konflikt kommen, da auch durch empfindliche Vergröberungen auf der Stufe der Letztverbraucher keine neuen Wettbewerbsverzerrungen bewirkt werden können.

Nur in den wohl seltenen Fällen, in denen schon gar keine Anhaltspunkte für einen hypothetischen Preis mehr gefunden werden können, muß ein Ersatzanspruch trotz kartellmäßiger Preisgestaltung entfallen. In solchen Fällen hat sich dann der kartellbedingte Preisauftrieb bereits so im ganzen Marktablauf ausgeglichen, daß sich der Schaden damit vom Einzelnen auf die Allgemeinheit verlagert hat und nur noch als Gesamtphänomen gesehen werden kann. Allein die Buße an die Allgemeinheit ist hier die richtige Sanktion. Der Schadensersatzanspruch dagegen verliert mangels bestimmbaren Einzelschadens seine Berechtigung.

b) Zwischenhändler

Die für die Durchschlagskraft des Schadensersatzanspruches bei weitem einflußreichere Gruppe der Zwischenhändler sieht sich zum Schadensnachweis noch

---

schen Landtags über die Sitzung vom 5.3.1958, S.3580 ff., zitiert nach Benisch im Gemeinschaftskommentar, S.650).

50) Die Aussichten des Klägers, von Seiten der Nationalökonomie eine Unterstützung zu erhalten, sind in Anbetracht der Gerichtspraxis auch dort noch sehr gering (vgl. 2. Kap. § 3 V 4).

51) Benisch, Gemeinschaftskommentar, S.650; Strickrodt, Lieferverträge, S.90; Flume, a.a.O., S. 469.

weit größeren Schwierigkeiten gegenüber, gilt es für sie doch, eine durch die Wettbewerbsverfälschung verursachte Geschäftsschädigung zu behaupten und zu beweisen, die sich nicht in einer zeitweiligen Vermögensdifferenz fassen läßt. Eine möglicherweise nebenher verlaufende Schädigung der Unternehmenssubstanz zunächst nicht beachtend, läßt sich solche Geschäftsschädigung in verschiedene Kategorien entgangenen Gewinns aufteilen und auf entsprechend verschiedene Art und Weise nachweisen[52].

(1) Die Anforderungen an den Kläger sind verhältnismäßig gering, wenn sein Schaden durch den Verlust einzeln bestimmbarer Geschäfte, die einen genau kalkulierbaren Gewinn abgeworfen hätten, entstanden ist. Zu denken ist hier besonders an den Nachweis, daß einzelne Kunden infolge der Preiserhöhung oder anderer kartellbedingter Veränderungen entweder zu anderen, nicht kartellabhängigen Lieferanten abgesprungen oder überhaupt auf substituierbare Güter ausgewichen sind[53].

(2) Im Regelfall wird ein solcher Nachweis aber nicht einmal annähernd die reale Einbuße repräsentieren können. Der Händler wird daher gezwungen sein, durch eine umfassendere Berechnung angemesseneren Ersatz zu verlangen. Dafür bietet sich am ehesten eine Schadensberechnung auf der Basis des Gesamtgewinnverlustes während des Zeitraumes der Kartellbeeinträchtigung an. Gewinneinbußen können nun, wie schon gezeigt, auf der Veränderung des Gewinnspannenfaktors ebenso wie auf einer solchen des Umsatzfaktors beruhen, was jeweils verschiedenen Beweisantritt erfordert.

Die Gewinnspanne für eine bestimmte Ware ergibt sich vereinfachend aus der Differenz von Verkaufs- und Einkaufspreis, verringert sich also bei erhöhtem Einkaufs- und gleichbleibendem Verkaufspreis. Dies ist im Kern die Quintessenz der "Passing-On" - und der ihr nachgebildeten Weiterwälzungstheorie. Der kartellgeschädigte Händler weist einmal die Veränderung seiner Einkaufskosten und dann die nur geringfügigere Änderung oder Beibehaltung seiner Verkaufspreise nach. Aus dieser verringerten Gewinnspanne läßt sich dann im Vergleich mit der früheren Spanne und dem als konstant unterstellten Umsatz der erlittene Gewinnverlust errechnen. Die schwierigste Aufgabe auch dieser Schadensberechnung ist die Bestimmung der kartellbedingten Erhöhung der Einkaufskosten. Der Händler steht hier entsprechenden Schwierigkeiten wie der Letztverbraucher gegenüber; wir können insoweit auf die oben besprochenen Anhaltspunkte verweisen, die einen hypotheti-

---

52) Vgl. dazu die Hinweise bei Fischer, Schadenberechnung, S.51 ff., die obwohl für Fälle der Verletzung gewerblicher Schutzrechte gemünzt, auch hier Beachtung finden können.

53) Vgl. die entsprechenden Fälle im 2. Kap. § 3 V 1.

schen Markt-Einkaufspreis ermitteln helfen. Eine Einschränkung muß hier nur hinsichtlich allzu großzügiger Beweiserleichterungen gemacht werden, die sich auf die Wettbewerbsbeziehungen der Händler als Konkurrenten störend auswirken können. Es zeigt sich dabei, daß die materiellrechtliche Wertung, die für die Entscheidung zwischen abstrakter und konkreter Schadensberechnung maßgebend war, auch darüber hinaus auf Beweisanforderungen als formelle Kriterien der Rechtsverfolgung Einfluß gewinnen kann.

aa) In anderen Fällen, in denen ein kartellbetroffener Zwischenhändler unmittelbaren Schaden dadurch zu vermeiden suchte, daß er auf die Kartellpreisbildung mit eigenen Preisaufschlägen reagierte, werden sich die Folgen erst nach Ablauf einer gewissen Zeit in allmählicher Kundenabwanderung und im Umsatzrückgang zeigen. Hier bietet sich als Bemessungsgrundlage für den Schaden dann ein Vergleich mit früheren Geschäftsergebnissen an, wobei sich bei ausreichender Zuverlässigkeit auch konstante Wachstumsquoten und Erfolgserwartungen berücksichtigen lassen[54]. Für den Nachweis solcher Entwicklungstendenzen, die nur durch die Kartelleinwirkung gestört und abgebrochen werden, kann dann auch die Bezugnahme auf vergleichbare Konkurrenz-Unternehmen, die sich entsprechender Beeinträchtigung nicht ausgesetzt sahen, von Wert sein.

bb) In noch weitreichenderem Ausmaß sind dann vor allem im Bigelow Fall[55] vom höchsten amerikanischen Gericht Bilanzvergleiche mit entsprechenden Konkurrenzunternehmen zur Grundlage einer Schadensberechnung im Urteil gemacht worden. Für die Beantwortung der Frage, ob eine solche Methode, die zweifellos eine Reihe von Unsicherheitsfaktoren birgt, auch im vorliegenden Zusammenhang sachdienlich sein kann, darf vor allem nicht übersehen werden, daß die bisherigen Anwendungsfälle aus dem Bereich des Boykotts und der Diskriminierung stammten. Im Gegensatz dazu wirken sich horizontale Absprachen für Händler gleicher Stufe grundsätzlich nicht unterschiedlich aus, und diskriminierungsähnliche Effekte sind nur im Verhältnis zu nicht kartellbetroffenen Konkurrenten denkbar. Aus diesem Vergleich wird sich in einem Sonderfall dann möglicherweise ebenfalls ein Bezugspunkt für die Kartellschädigung ergeben[56], ein praktikables Mittel der Beweisführung verspricht diese Gegenüberstellung dagegen nicht zu werden.

---

54) Ein typischer Anwendungsfall ist Eastman Kodak Co v. Southern Photo Materials Co. (vgl. 2.Kap. § 3 V 2 c).

55) 327 U.S. 251; 66 S.Ct. 574 (1946), oben 2.Kap. § 3 V 2 e.

56) Diese Möglichkeit deutet sich insbesondere nach der Entscheidung William Goldman Theatres, Inc. v. Loew's, Inc. (2.Kap. § 3 V 2 f) an.

(3) In außergewöhnlichen Fällen ist es ferner denkbar, daß sich Kunden- und Absatzverlust eines Händlerunternehmens außer in Gewinneinbußen auch noch in einer zusätzlichen Geschäftswertminderung niederschlagen. Auch diese begründet, soweit bestimmbar und der Kartellverbindung zurechenbar, eine zusätzliche Ersatzpflicht[57]. Da bloße Preis- oder Bedingungskartelle im allgemeinen nicht auf Vernichtungswettbewerb gerichtet sind - eine Ausnahme fanden wir beispielsweise im Paterson Parchment Fall - und Händler als eine dem Kartell vor - oder nachgelagerte Wirtschaftsstufe von diesem in seinem eigenen Interesse eher gefördert als bekämpft werden, dürfte sich eine solche Schädigung nur in den seltensten Ausnahmefällen einstellen; solange die Geschädigten nicht durch zusätzliche unerlaubte Maßnahmen wie Ausschließlichkeitsabsprachen oder Diskriminierungen benachteiligt werden. In den wenigen denkbaren Fällen werden dann Vergleichsberechnungen auf der Basis der Handelsbilanzen unter Zuziehung von Sachverständigen zur Bewertung eine nur recht ungenaue Schadensfeststellung ermöglichen.

c) Zwischenproduzenten

Besondere Schwierigkeiten bereiten schließlich noch die Fälle, in denen die Kartellware für den Zwischenmann selbst nicht Handelsgut ist, sondern nur für dessen Herstellung, sei es als Zubehörteil, sei es als Werkstoff, benötigt wird. Zu den bereits beschriebenen Beweisanforderungen tritt unter diesen Umständen dann noch die weitere, die mögliche Mehrbelastung in Teilkosten, in Proportion zu Gesamtpreisveränderungen, zu bringen. Dieses Problem wird sich überwiegend als Frage des Kausalzusammenhangs stellen, inwieweit sich Gewinneinbußen als Folgen einer nur partiellen Mehrkostenbelastung erklären lassen[58].

3. Mögliche Beweishilfen

Die Andeutung verschiedener Beweismöglichkeiten mußten der verwickelten Materie entsprechend als verläßliche Beweisgrundlage lückenhaft erscheinen. Die mit der häufig komplizierten Beweisführung belasteten, klagenden Parteien bedürfen dementsprechend noch weiterer Beweishilfen.

a) Freie Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO

Der Bedeutungswandel der privaten Schadensersatzklage im amerikanischen Recht

---

57) Vgl. die Ansätze im Fall: Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co. (2. Kap. § 3 V 2 d, 3).

58) Unter vorsichtiger Beachtung der Unterschiede ließe sich hier an einen Vergleich mit den Patentverletzungsfällen bei zusammengesetzten Vorrichtungen denken, wo ebenfalls zu entscheiden war, ob der ersatzpflichtige Gewinn nur von dem patentierten Teil, oder vom ganzen Werk zu berechnen war. Vgl. dazu Reimer, Patentgesetz 2. Auflg. 1958, § 47 Anm. 38.

hat mit aller Deutlichkeit gezeigt, welch ausschlaggebender Einfluß dabei der fortschreitenden Lockerung der Beweisanforderungen zukam. Unter dem Leitgedanken, daß die durch den Schädiger bedingten Beweiserschwerungen dem klagenden Gläubiger nicht zum Nachteil gereichen dürfen[59], haben die Gerichte im Verlauf einer etwa 40 jährigen Entwicklungsperiode ihre "certainty" Anforderungen soweit zurückgesteckt, daß sich heute aus Beweisgründen allein das Verhältnis von Erfolg zu Mißerfolg einer Ersatzklage umgekehrt hat.

Nun kennt das deutsche Prozeßrecht einen ähnlich ausgeprägten und Equity-Prinzipien entsprechenden Satz nicht[60], der den in Beweisnot gekommenen Kläger entlasten könnte. Man könnte darum zunächst daran denken, daß dem Kläger durch eine großzügige Handhabung des Anscheinsbeweises geholfen wird, indem man eine plötzliche Preisveränderung beispielsweise als einen typischen Geschensablauf[61] und ausschließliche Kartellfolge ansieht. Doch wäre auch damit nur in wenigen Fällen eine Erleichterung geschaffen.

Die unumgängliche und ausreichende Hilfestellung gibt vielmehr allein § 287 ZPO, der die richterliche Beurteilungsfreiheit gerade für die Fälle der Schadensersatzklagen erweitert. Sobald das haftungsbegründende Schadensereignis, hier also der Einzelvertragsschluß, zu erhöhten Kartellbedingungen, nach den allgemeinen Regeln bewiesen ist, kann die weitere Frage, ob daraus dem Dritten ein Schaden auch wirklich entstanden ist und wie hoch sich dieser beläuft, vom Richter innerhalb des nach materiellrechtlichen Normen zulässigen Bereichs nach freier Überzeugung ohne strenge Bindung an die Beweislastverteilung entschieden werden[62].

---

59) Vgl. oben 2. Kap. § 3 V 2c und die Angaben bei Steindorff, Schadensberechnung, Anm. 29.

60) Allerdings findet sich ein entsprechender Grundgedanke unter lediglich strengeren Voraussetzungen in den Fällen der absichtlichen oder schuldhaften Vereitelung der Beweisführung durch den Gegner des Beweislastträgers, vgl. dazu Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Auflg., München und Berlin 1960, § 114 III, 3, d, S. 559, und Rosenberg, Die Beweislast, 4. Auflg. 1956, S. 190. Immerhin will Mestmäcker, Ordo IX, S. 103 diesen Grundsatz in den Fällen anwenden, in denen die Schädiger an der Kartellabsprache festhalten, und dadurch den Beweis durch Vergleich mit nachfolgendem Wettbewerbspreis (siehe oben IV, 2a (3)) unmöglich machen.

61) Zu den Erfordernissen des Beweises des ersten Anscheins vgl. Rosenberg, Lehrbuch, a.a.O., § 111, IV 3a, S. 543.

62) Vgl. dazu die Literaturangaben bei Steindorff, Schadensberechnung, Anm. 1; Baur, Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts, Tübinger Diss. S. 84.

Die Grenze für solche Ermessenstätigkeit wird dort zu ziehen sein, wo der Richter ohne ausreichende, tatsächliche Anhaltspunkte ins Blaue hinein entscheidet[63]. § 287 ZPO entbindet den Kläger daher keineswegs, seiner Beweisführungspflicht so gut wie möglich nachzukommen, sondern erlaubt allein, anstelle eines sonst nach Beweislastgrundsätzen zu entscheidenden non liquet freies richterliches Ermessen treten zu lassen[64]. Daß diese Möglichkeit für den kartellgeschädigten Kläger von größter Wichtigkeit sein wird, läßt sich leicht absehen; man braucht dazu nur die nie mit Sicherheit durchführbare hypothetische Marktpreisberechnung im Auge zu behalten[65] oder an die Schwierigkeiten der Zurechnung eines Gewinnverlustes an die Kartellabsprache[66] zu denken.

Der einen Ausschluß abstrakter Schadensberechnung bedingende Normzweck des GWB, behält darüber hinaus auch eine gewisse Bedeutung für die Einräumung freien Ermessensspielraums an den streitentscheidenden Richter. Ein von sachlichen Anhaltspunkten zu weitgehend gelöstes Schadenersatzurteil kann aus dem Gesichtspunkt der Korrektur einer materiellen Wettbewerbsverfälschung nicht befürwortet werden, solange wir auch dem Schadensersatzanspruch die Funktion, rückwirkend durch Berücksichtigung aller bestehenden Einzelbeziehungen zur Marktgerechtigkeit beizutragen, zuerkannt haben. Allzu großer Ermessensspielraum bei der Schadensermittlung könnte nicht nur diese Zielsetzung vereiteln, sondern in krassen Fällen sogar in ihr Gegenteil verkehren, wobei noch außerdem die ebenfalls mit einer Wettbewerbsordnung nicht zu vereinbarende unberechtigte Bevorzugung des Klägers gegenüber seinen Mitbewerbern zu gewärtigen ist. Die Forderung, daß Einzelausgleich nicht zum Allgemeininteresse in Widerspruch geraten darf, setzt daher eine genügend konkretisierte Tatsachenfeststellung voraus, auf deren Grundlage auch eine freie Schadensschätzung nach § 287 ZPO keine unvertretbaren Spielräume mehr beläßt.

b) Auskunftsrechte des Klägers

Gerade ein dementsprechend ausreichend genauer Tatsachenvortrag fällt dem Kläger aber dann besonders schwer, wenn er die für die Schadensermittlung notwen-

---

63) RGZ 76,211; BGHZ 3,176; Steindorff, Schadensberechnung, S.432 mit weiteren Angaben; Fischer, Schadenberechnung, S.41 für die entsprechende Vorschrift in der Schweiz (Art. 42 Abs. 2 OR).

64) Zu den allgemeinen Voraussetzungen des § 287 ZPO vgl. Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 8. Auflg., Karlsruhe 1956, § 10 III, S.62; ferner die ZPO Kommentare von Baumbach-Lauterbach (26. Auflg. 1961) und Wieczorek (Berlin 1957) zu § 287.

65) Die Bedeutung des § 287 ZPO in diesem Zusammenhang betont bereits Fikentscher, Drittverträge, S. 798.

66) Es ist heute einhellige Meinung, daß die Beweiserleichterung des § 287 ZPO au

dige kartellbedingte Preiserhöhung darzulegen hat. Dies gilt vor allem für die Fälle, in denen Letztverbraucher klagen oder Zwischenhändler ihren Schaden durch Gewinnverluste zu bestimmen suchen. Die Auswirkungen der Absprache auf die Gestaltung der Vertragsbedingungen entziehen sich hier vielfach ihrer Erkenntnismöglichkeit und sind häufig nur von den Beteiligten selbst einzuschätzen. Unter solchen Umständen wird ein weiterer Fall anzuerkennen sein, in dem die im Wettbewerbsrecht besonders bedeutungsvolle Auskunftspflicht[67] eine wesentliche Erleichterung für den Kläger schaffen kann und daher im Rahmen des § 242 BGB[68] zu begründen ist. Unter Abwägung entgegenstehender Interessen wird man etwa so weit gehen können, daß der in Anspruch genommene Kartellpartner über die Veränderung seiner Verkaufsbedingungen während eines bestimmten Zeitraums Aufschlüsse gibt, die dann zwar noch keine genaue Grundlage für die Schadensberechnung liefern, aber doch sachliche Anhaltspunkte geben und eine Schätzung nach § 287 ZPO erleichtern[69]. Im übrigen lassen sich hier nur schwer generelle Regeln finden. Der für eine dem Einzelfall gerecht werdende Beurteilung notwendige Spielraum ist durch den Verweis auf § 242 BGB gesichert. In Abschwächung des im amerikanischen Recht gefundenen Beweissatzes läßt sich etwa als Richtlinie bestimmen, daß vor allem immer dann, wenn gerade durch die schädigende Handlung die Beweismöglichkeiten besonders erschwert oder unmöglich gemacht wurden, dem Beklagten eine Auskunftspflicht zuzumuten ist.

V. Ersatzanspruch und Mitverschulden

An zwei Stellen der vorausgehenden Überlegungen haben wir die Lösung besonderer Fallgestaltungen in den Bereich des Mitverschuldens verwiesen[70]. Dabei ist im einen Fall bereits auf die maßgebenden Gesichtspunkte hingedeutet, unter denen dem Kläger ein Mitverschulden bei der Schadensentstehung entgegengehalten werden kann, wenn er ohne verständlichen Anlaß gerade das ungünstigere Angebot

---

für den Kausalzusammenhang gilt: Schönke-Schröder-Niese, a.a.O., S. 62 und die dort angegebenen Entscheidungen.

67) Staudinger-Weber, 11. Auflg. § 242 Anm. A 828; Fischer, Schadenberechnung, S. 42; die Grundsätze, zur Auskunftspflicht wurden bereits vom RG 108, 7 herausgearbeitet.

68) RGZ 158, 379; BGHZ 10, 385.

69) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm. 221.

70) Im Zusammenhang mit der Frage nach der Rechtswidrigkeit des Hinwegsetzens (6. Kap. § 1 I 2b) und der Beurteilung der Preisweiterwälzung (6. Kap. § 2 III).

eines Kartellteilnehmers wählt und dadurch Schaden erleidet. Diese Fälle werden praktisch kaum Schwierigkeiten machen, da reine Außenseiterkartelle ohne Marktmacht und mit nachteiligen Bedingungen nur ausnahmsweise denkbar sind. Umgekehrt wird man keinesfalls so weit gehen dürfen, die Anforderungen [71] an den Kartellkunden so streng zu fassen, daß diesem jeder unterlassene Versuch, die Kartellware auf dem freien Markt zu günstigeren Bedingungen zu beziehen, als Mitverschulden zuzurechnen ist. Ein verständlicher Grund, gerade mit einem kartellgebundenen Unternehmen, mag dieser auf besonderen geschäftlichen Beziehungen, auf Warenabhängigkeit, auf Liefermöglichkeiten oder ähnlichem beruhen, muß stets den Vorwurf eines durch den Vertragsabschluß zur Schadensentstehung beitragenden Mitverschuldens ausschließen können.

Die zweite und wichtigere Beziehung zu Mitverschuldenseinwänden ergab sich bei der Beurteilung der Entscheidung des Kartellkunden zur Weiterwälzung. Es wäre naheliegend, daß der beklagte Kartellteilnehmer einzuwenden versucht, der Kläger hätte durch geschicktere Preiskalkulation einen Schaden ganz oder doch zumindest in der geltend gemachten Höhe vermeiden können. Das Schutzgut wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit als materieller Ursprung des Ersatzanspruches läßt jedenfalls eine indirekte Beschränkung der Entscheidungsfreiheit[72], ob die Preiserhöhung weitergegeben werden soll oder nicht, durch Zulassung des Mitverschuldenseinwandes nicht zu[73]. Der Kartellabnehmer wäre sonst in der Praxis verpflichtet, die höhere Kostenlast zunächst einmal auf alle Fälle seinen Kunden aufzubürden. Diese für die Wettbewerbsordnung nachteilige Folge, die wohl ohnedies einer praktischen Reaktion entsprechen wird, darf aber nicht noch zusätzlich durch großzügige Anerkennung des entsprechenden Mitverschuldenseinwandes gefördert werden. Auch hier muß der Einwand auf Sonderfälle beschränkt bleiben, in denen ein im Vergleich zu situationsgleichen Konkurrenten ungewöhnlich großer Schaden nur durch ein besonders uneinsichtiges und unvernünftiges Marktverhalten zu erklären ist. Auch der Schutz durch Schadensersatzansprüche darf nicht so weit gehen, daß sich unter seinem Deckmantel geschäftsuntüchtige Kaufleute auf Kosten des Kartells über die Runden helfen.

---

71) Vgl. dazu Staudinger-Werner, 11. Auflg. § 254 Anm. 56.

72) Mayer, a.a.O., S. 320 spricht hierbei von einem Ausschluß des spekulativen Moments.

73) In den Fällen, die sich mit der "passing-on" -Regel befaßt haben, finden solche Gesichtspunkte nirgends Beachtung (vgl. 2. Kap. § 3 VI 1).

§ 3 UNTERLASSUNGS- und BESEITIGUNGSANSPRUCH

Gelingt den durch die Kartellauswirkung Beeinträchtigten auch nicht in allen Fällen der Schadensnachweis, so hat die Anerkennung des Hinwegsetzungsverbotes als Schutzvorschrift für sie doch insoweit Bedeutung, daß sie sich durch die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen[1] gegen weiteres Festhalten an der Kartellabsprache zur Wehr setzen können. Diese Möglichkeit ist vor allem für die Zwischenhändler von großem Vorteil. Selbst wenn sie zunächst die kartellbedingte Preiserhöhung weitergewälzt und dadurch eine persönliche Schädigung vermieden haben, verbleiben ihnen Mittel und Wege, in der Folgezeit das Marktrisiko einer Preiserhöhung auszuschalten, indem sie ihren Lieferanten durch die Unterlassungsklage an der Einhaltung der Kartellvereinbarung hindern und ihn damit im Normalfall zu einem Zurückgehen auf sein früheres, günstigeres Angebot zwingen. Die Schwierigkeiten, die hier darin bestehen, gerade das Ausmaß verbotener Hinwegsetzung zu bestimmen, entsprechen denen bei der Begründung des Schadensersatzanspruches, man wird darum auch hier mit entsprechenden Beweisvergünstigungen helfen müssen und können.

Da der Unterlassungsanspruch auch bereits vorbeugend geltend gemacht werden kann[2], wäre es bei entsprechender Aufmerksamkeit und Entschlossenheit der Angehörigen der dem Kartell nachgelagerten Wirtschaftsstufe möglich, in vielen Fällen schon den Anstoß zu der sich meist über verschiedene Marktstufen wettbewerbsverfälschend auswirkenden Kettenreaktion zu unterbinden. Die einstweilige Verfügung könnte dabei für die im Wirtschaftsleben erforderliche Schnelligkeit gerichtlicher Maßnahmen bürgen. Die übrigen Voraussetzungen der Unterlassungsklage entsprechen denen des allgemeinen Zivilrechts[3].

Daneben ist der rechtlich selbständige Beseitigungsanspruch fast ohne Bedeutung. Dürften bereits Fälle, in denen es am Verschulden des kartellangehörigen Schädigers fehlt, äußerst selten sein, so lassen sich Beseitigungsmöglichkeiten für eine fortwirkende Beeinträchtigung, die nicht an die Stelle eines Schadenersatzes treten[4], fast ganz ausschließen. Einer der wenigen praktischen Fälle dürfte der un-

---

1) Die Zulässigkeit der Unterlassungsklage ergibt sich nicht nur aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Analogie zu § 1004 BGB, sondern auch aus § 35 Abs. II GWB, der seinem Wortlaut nach davon ausgeht, daß bereits nach Abs. I ein Anspruch auf Unterlassung gegeben ist; BGH in WuW/E BGH 259 ("4711").

2) Seit RGZ 116, 151 ständige Rechtsprechung: BGHZ 14, 163; 14, 286; 17, 291.

3) Benisch im Gemeinschaftskommentar, Anm. 11 zu § 35, Frankfurter Kommentar Tz 100-105 zu § 35, ferner Esser, Schuldrecht, 2. Auflg. § 211, Die Unterlassungsklage und der Beseitigungsanspruch.

4) Die Rechtsprechung verlangt einen durch objektiv widerrechtliche Verletzung

ter Kartellbedingungen geschlossene Sukzessivlieferungsvertrag sein, bei dessen vereinbarungsgemäßer Ausführung für die Zukunft noch weiterwirkender Schaden zu befürchten sein kann. Hier erscheint dann eine Beseitigung des verbotswidrig geschaffenen Verhältnisses, die in der Befreiung von den die zu erwartenden freien Vertragsvereinbarungen übersteigenden Verbindlichkeiten zu bestimmen wäre, erwünscht und möglich.

Als Ergebnis unserer Überlegungen zu Berechtigung, Ausmaß und Nachweis eines Schadensersatzanspruches läßt sich somit zusammenfassend festhalten:

1. Der unter Interesse- und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten wünschenswerte Schadensersatzanspruch zum Ausgleich der dem Kartellkontrahenten entstandenen Beeinträchtigung läßt sich auf dem Weg des Normenschutzes ohne Zuflucht zu absolut geschützten Persönlichkeitsrechten im Wirtschaftsverkehr begründen.

2. Die anspruchsbegründende Norm ist § 35 GWB; die Schutzvorschrift § 38 Abs. I, S. 1 in Verbindung mit § 1 GWB.

3. Dieser Normenschutz besteht auch zugunsten der in die Wettbewerbsbeziehungen eingegliederten Kartellkunden und -lieferanten.

4. Ersatzanspruch und Beweisanforderungen unterscheiden sich nach Aufgabe und Stellung der Geschädigten im Wettbewerb.

5. Eine abstrakte Berechnung des Schadens in der Form einer Unterschiedsermittlung zwischen Kartell- = Vertragspreis und einem Marktpreis ist mit den Zwecken der Schadenssanktion und den Prinzipien des GWB unvereinbar.

6. Die Erbringung des konkreten Schadensnachweises können begrenzte Beweiserleichterungen, eine maßvolle Anwendung freier Schadensschätzung und die Auferlegung von Aufklärungspflichten an die Beklagten ermöglichen und damit dem Schadensersatzanspruch eine wichtige Bedeutung im Kampf einzelner Marktteilnehmer gegen unzulässige Kartellierung verschaffen.

---

geschaffenen Dauerzustand, der eine stetig sich erneuernde Quelle der Ehrverletzung oder Vermögensschädigung bildet: BGHZ 10, 104.

Lebenslauf

Am 23. Oktober 1936 wurde ich in Stuttgart als deutscher Staatsangehöriger und Sohn des Kaufmanns Karl Mailänder und seiner Ehefrau Margarete, geb. Diehl, geboren.

Von 1942 bis 1946 besuchte ich die Volksschule, zunächst in Stuttgart und dann bedingt durch Kriegseinwirkungen in verschiedenen Orten, zuletzt in Bad Waldsee. Nach Beendigung der Evakuierung wurde ich im Herbst 1946 am Eberhard-Ludwigs-Gymnasium in Stuttgart aufgenommen. Dort bestand ich im Frühjahr 1955 die humanistische Reifeprüfung. Zum Sommersemester 1955 immatrikulierte ich mich an der Eberhard-Karls Universität Tübingen. Die acht rechtswissenschaftlichen Studiensemester verbrachte ich, mit Ausnahme von zwei Semestern, in Tübingen. Im vierten und fünften Semester besuchte ich die Universität München. Am 16. Juni 1959 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung.

Am 1. September 1959 begann ich als Gerichtsreferendar den juristischen Vorbereitungsdienst, den ich im folgenden Jahr für eine Studienreise in die Vereinigten Staaten unterbrach. Dort studierte ich am Institute of Comparative Law der New York University amerikanisches Zivil- und Wirtschaftsrecht. Nach zwei Semestern legte ich die Prüfungen erfolgreich ab und erwarb mit einer rechtsvergleichenden Untersuchung den akademischen Titel M.C.J. . Nach einem weiteren Studienaufenthalt am Institute for Foreign and International Trade Law an der Georgetown University in Washington, D.C., kehrte ich im Herbst 1961 nach Tübingen zurück. Seither setze ich den juristischen Vorbereitungsdienst fort. Gleichzeitig arbeite ich als wissenschaftlicher Assistent an der juristischen Fakultät der Universität.